FUNDAMENTOS
DEL
DERECHO PROCESAL CIVIL

EDUARDO J. COUTURE

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de Montevideo

FUNDAMENTOS
DEL
DERECHO PROCESAL CIVIL

Tercera edición
(póstuma)



ROQUE *Depalma* EDITOR

BUENOS AIRES — 1958

Primera edición: 1942.
Segunda edición: 1951.
Tercera edición: 1958.

Traducción al portugués: 1946.

ROQUE *Depalma* EDITOR

Talcahuano 494 — Buenos Aires



A la memoria de James Goldschmidt

PRÓLOGO

Los *Fundamentos* no necesitaron presentación ajena al aparecer, por primera vez, en 1942; ni en su segunda edición de 1951; no la necesitaron tampoco en 1946, al publicarse en portugués. Porque COUTURE, igual que en su "comarca", en el "mundo", y en particular en el mundo del Derecho Procesal, no debía ser presentado. Hoy, al prologar a COUTURE, al prologar su libro básico, no se trata de presentarlo sino de recordarlo. Pero hemos de recordar no a un Maestro desaparecido sino a un Maestro que sigue entre nosotros.

"No solamente se debe trabajar sobre la obra de COUTURE sino que se debe seguir trabajando con COUTURE; esto es, con COUTURE no ausente sino en permanente presencia", decía yo unos meses después de faltarnos, recordándolo en Paraná, la última tribuna argentina desde la que él hizo oír su palabra. Este prólogo querría ser la lección inicial de una nueva enseñanza de COUTURE.

Trabajar con COUTURE no puede ser solamente examen y crítica de la labor que nos dejó; ha de ser también meditación sobre una probable evolución de sus ideas. Y esto es ya más difícil; pero habrá de intentarse. Un día, probablemente no lejano, habrá de hacerse una nueva edición de este mismo libro; y así como en la segunda él nos dijo que algunos capítulos (que no eran, por cierto, los menos importantes) habían sido "íntegra-

mente reescritos", resultará necesario *reescribir* parte del libro; la labor —no fácil— consistirá en tratar de acercarse a lo que COUTURE habría *reescrito*, teniendo presente la transformación de las doctrinas sobre el proceso civil. Tal es, en su forma más simple, la colaboración con COUTURE.

El examen, o la contemplación, de lo que COUTURE produjo a lo largo de quince años, desde la primera edición de sus *Fundamentos*, es trabajo previo al de reelaboración de la obra que nos dejó.

* * *

1. — Cuando los *Fundamentos* aparecen, en 1942, la labor monográfica de COUTURE es de una docena de años; algunas de sus monografías son libros: lo es *El divorcio por voluntad de la mujer*; lo es el *Curso sobre el código de organización de los tribunales*; lo es, sobre todo, *Teoría de las diligencias para mejor proveer*; algunas de sus conferencias, al publicarse, constituyen monografías de altísimo mérito científico, al que acompaña la belleza de exposición; entre ellas, destaco *Trayectoria y destino del derecho procesal hispanoamericano.* La jerarquía de maestro se ha puesto de relieve durante esa docena de años en la cátedra y en las publicaciones y conferencias. Además, la exposición general del derecho procesal civil existe en su *Curso*, aunque su divulgación (quizá por razón de su presentación tipográfica) no alcanzara los límites que por su contenido merecía. Pero el *Curso*, por su destino y por su forma, no *compromete* científicamente en la manera terminante de los *Fundamentos*. Es en este libro en el que había

de verse, mientras el Tratado no apareciese (y, desgraciadamente, no apareció) la obra general de COUTURE. Después siguen publicándose las monografías del trabajador infatigable; y se reúnen, más tarde, en volúmenes. Pero los *Fundamentos* serán una pauta o una piedra de toque; en las monografías ya no se podrá prescindir de que las ideas básicas están en aquel libro; y cuando algo, que signifique apartamiento o superación, se diga en un trabajo particular, deberá repercutir después sobre la obra general, de igual manera que ésta influirá sobre la nueva elaboración de aquéllas monografías. De ahí la importancia de las sucesivas ediciones, entre las cuales, en los distintos capítulos, puede haber diferencias que unas veces parecerán meramente terminológicas; pero que serán otras veces bien sustanciales.

2. — Así, en la primera edición, al estudiar el *desenvolvimiento del proceso*, se hace el estudio en tres capítulos, de los cuales el primero contempla el *procedimiento*. Pero, sin llegar a la segunda edición, de 1951, ya en la traducción al portugués, publicada en 1946, el *procedimiento* ha cedido el paso a *los actos procesales*; y el estudio de éstos nos dará una visión que excederá en amplitud a la que ofrecía el respectivo capítulo de la edición original. Es que, como decía COUTURE en el *Prólogo a la edición brasileña*, "el lector que se diese al trabajo de confrontar la edición brasileña con la primera, aparecida en Buenos Aires en 1942, encontraría, entre ambas, variantes muy sensibles. Y no se trata de simples actualizaciones de doctrina, de legislación y de jurisprudencia, sino que ciertos conceptos fundamentales fueron objeto de una revisión bastante importante".

Y, como señala COUTURE, ya en aquella edición en portugués, y por las razones que indica, el concepto de *acción* se perfiló con más claridad "como una forma típica del derecho constitucional de petición"; era la consecuencia —nos dice— de un curso sobre las *garantías constitucionales del proceso civil*, dado en 1943-1944 en algunas universidades americanas.

Y ya también en esa edición se incorporaba el concepto del proceso como *institución* que, probablemente, después de haber gravitado, acaso de manera excesiva, sobre la doctrina de COUTURE, se reduce, en la edición que ahora aparece, a sus justas proporciones. Es bueno detenerse en el número 89 de la presente edición, en que COUTURE expone tal aspecto del proceso, y que es ejemplo de sinceridad y de modestia.

3. — Otro concepto básico, verdaderamente *fundamental*, debe destacarse al contemplar la actual edición frente a las anteriores del libro: es el de *jurisdicción*. Faltaba en las ediciones anteriores. Y resultaba difícil admitir que en un libro, de carácter general, que estudiaba el derecho procesal, no apareciese tratada la *jurisdicción*; costaba trabajo convencerse, al menos prácticamente, de que la jurisdicción correspondiese, de manera exclusiva, al *Derecho Constitucional*; influían, para pensar así, tantos autores de Derecho Procesal, estudiando la jurisdicción; quizá entre todos MORTARA, en aquel maravilloso primer volumen de su *Commentario*. La explicación de tal ausencia, hoy subsanada, habría que buscarla también en el prólogo a la edición brasileña de los *Fundamentos*: "Mas, como tantas veces acontece, la crítica termina por abrir brecha en las convicciones del

autor"; y saltar a las páginas de desarrollo del tema en la edición actual; en esa Parte primera, que trata de la *Constitución del proceso*, un capítulo dedicado a la *jurisdicción* precede a los que tratan de la *acción*, de la *excepción* y del *proceso*. Allí, en la página 32, se hace eco de que "la doctrina alemana no ha prestado a este tema particular atención, pues sus autores más representativos consideran que la jurisdicción integra la administración"; pero la explicación terminante, categórica, couturiana, de aquella ausencia y de esta presencia, se lee en la página siguiente: "El presente capítulo, que no se hallaba en anteriores ediciones de este libro, es el resultado de una prolongada tentativa, culminada en un trabajo reciente, de establecer un concepto de jurisdicción que supere las dificultades más comunes". Poco más adelante, en la página 40, se encuentra la *definición de jurisdicción*. El propósito del autor está logrado.

Con este capítulo, al que acabo de referirme, ha de considerarse vinculado —alfa y omega— el que aparece cerrando el libro, y al que luego habré de referirme. No se trata solamente de dos capítulos nuevos sino de dos capítulos básicos. Los fundamentos, los cimientos del Derecho Procesal Civil, es en esta edición donde aparecen integrados y totalizados.

4. — No puedo dejar de señalar otra modificación en la arquitectura de la segunda parte: también en ella se ha dado cabida a un nuevo capítulo primero, dedicado a estudiar la *instancia*; pero aquí la novedad no es tan profunda: gran parte de los conceptos que en ese capítulo se exponen, figuran en las anteriores ediciones en el capítulo (que en ésta pasa a ser segundo) dedicado

a los *actos procesales*. Es una cuestión de método. El concepto de *instancia* es nuevo en la obra, pero lo que se refiere a *impulso procesal* y a *plazos* figuraba anteriormente en lo que ahora es capítulo segundo; y en cuanto a los *principios que regulan la instancia*, figuraban anteriormente como *estructura del proceso*.

También en esta segunda parte es necesario seguir deteniéndose ante otros conceptos que, a través de las sucesivas ediciones, se han depurado: así el concepto de *carga procesal*, "como una situación jurídica instituída en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".

5. — ¿Son los *Fundamentos* un libro, procesalmente, científicamente, revolucionario? Nada de eso. El libro de COUTURE recoge y expone todas las novedades científicas. Pero las expone en unión de las concepciones respecto de las cuales significan un avance o una superación; si llega al *proceso como institución*, es después de haber expuesto el proceso como *contrato*, como *cuasicontrato*, como *relación jurídica*, como *situación jurídica*. Cosa análoga podríamos decir respecto de su estudio de la *acción* o de su estudio de la *prueba*. No es quedarse con la última palabra de la doctrina, sino exponer y criticar y elaborar las distintas manifestaciones de esa doctrina. Es tomar el cuadro institucional del derecho procesal, percibiendo con toda claridad sus puntos fundamentales, marcando sus diferentes sectores, señalando su itinerario en la evolución seguida hasta llegar al momento actual; y ofrecerlo así al estudioso, destacando lo

que la ciencia del proceso le debe a cada uno de sus cultivadores, de tal manera que el estudioso tiene la sensación de percibir dónde estaríamos si cada uno de los institutos procesales no hubiera avanzado o no lo hubiera hecho con arreglo a un determinado plan; dónde estaríamos si, al mismo tiempo que se modificaba la concepción del *proceso*, no se hubiera modificado también la de *acción*; qué hubiera ocurrido si al concepto de *cosa juzgada* no hubiera acompañado el de *preclusión*; dónde estaríamos si nos hubiéramos detenido en el estudio del *proceso de cognición* y hubiéramos descuidado el estudio del *proceso de ejecución*.

Todo este itinerario científico, que es de siglos, está perfectamente dibujado y valorado en cada una de sus etapas en la obra de COUTURE.

6. — Los *Fundamentos* deben tener un destinatario directo. A mi juicio, no se trata de un libro para estudiantes; al menos, a mis alumnos —y no obstante estar COUTURE diariamente presente en las lecciones— no se lo he recomendado nunca como libro de texto sino de consulta; no para contestar las preguntas de un programa, sino, en todo caso, para estudiar una cuestión concreta. Creo que no es un libro para *estudiantes* sino para *estudiosos*. Y que tampoco es un libro de *iniciación* sino para *iniciados*. No es un libro para *adquirir* ideas básicas sino para *fijarlas*. Sabido es que el *Derecho Procesal*, como verdadera disciplina científica, es una rama de creación moderna. Quienes seguíamos los cursos universitarios, en España o en América, hasta la tercera década de este siglo, no estudiamos *Derecho Procesal* sino *Procedimientos*. Pero comenzó a dejarse sentir, en-

tre nosotros, la influencia de la *escuela italiana* y, a través de ella, de la *alemana*; el panorama cambió, ampliándose considerablemente nuestro horizonte. Cómo se produjo el fenómeno en muchos de nosotros, sería difícil de explicar. Quizá fueron meros tanteos en los primeros momentos; caminar un poco a ciegas; la falta de un sistema que nos ayudase a trasladarnos de una zona a otra. Probablemente, ni siquiera se produjo ese momento de examen de conciencia tan característico en la evolución científica de muchos estudiosos; momento en el cual se arroja por la borda, como pesado lastre, alguna doctrina que ha obstaculizado, a lo largo de años, aquella evolución. Otras veces, románticamente, afectivamente, se conservan en el recuerdo las enseñanzas de viejos profesores; la veneración les quita a esas enseñanzas el carácter de lastre; no ayudan pero tampoco estorban; pasan a ser historia del derecho.

Para quienes esa enseñanza la han utilizado en la práctica de la profesión, por largos años, el desprenderse de ella será fenómeno de cierta violencia. Para ésos, para quienes después de haber aprendido *procedimientos* y no *Derecho Procesal* en la Universidad, siguieron "haciendo procedimientos" en la vida profesional, tampoco los *Fundamentos* sean quizá el libro más recomendable, ni de más fácil asimilación; y no porque se trate de un libro oscuro; los libros de COUTURE son todos claros, de una absoluta diafanidad; pero acaso éste encierra para ellos el peligro de que la claridad pueda resultar excesiva, porque esa claridad debe luchar contra otra claridad antes existente, y ha de destruirla. La doctrina de la relación jurídica procesal —pongamos como ejemplo—

no basta con que sea clara (admitiendo que fuese indiscutiblemente clara); hace falta, además, que destruya la claridad del concepto del proceso como cuasicontrato... y que no se deje destruir por la doctrina de la situación jurídica.

Por eso, quiero decir, que al estudiante hay que ofrecerle un libro institucional en el que las ideas ya absolutamente adquiridas por la ciencia del proceso, aparezcan como indiscutibles; al profesional que no se formó en los conceptos de esa ciencia, hay que facilitarle libros destructivos de su originaria formación. Después, uno y otro, en la obra de COUTURE, encontrarán la firmeza, la solidez de esos conocimientos inicialmente modernos o destructores de los viejos.

Libro, repito, para estudiosos y no para estudiantes; para iniciados y no para quienes han de iniciarse. Pero libro —quiero decirlo a continuación— único en la literatura procesal de nuestro tiempo para fijar las ideas procesales de aquellos que no deben utilizarlo en los primeros momentos.

7. — Decir que los *Fundamentos* es la obra más importante, es la obra básica, entre las de COUTURE, sería no decir nada o, simplemente, parafrasear un título. COUTURE no nos dejó el Tratado, la obra general, completa y definitiva, de la que tantas veces hablamos, y que nos sentíamos con derecho a esperar de su ciencia y de su juventud. Y, así, entre lo que él legó a la ciencia del proceso, la obra general y orgánica está representada por los *Fundamentos*, libro que no es un Tratado, ni un Manual, ni unas Instituciones; que tampoco podría ser una Introducción, porque introducción quiere decir

iniciación, y los *Fundamentos* son —como acabo de decir— para ya iniciados. El título de este libro, si por otro hubiera de ser sustituído, no podría serlo más que por el de Principios, si éste no se hubiera utilizado para obras en que la respectiva materia científica se desarrolla con propósito de absoluta generalidad. Los *Fundamentos* no se escriben con ese propósito pero si con el de establecer con fijeza unas bases científicas a las cuales, desde luego, deberá ajustarse la producción de COUTURE. Son los soportes, los puntos de apoyo, los cimientos de su edificio científico. ¿Bases inconmovibles? En manera alguna. Tampoco los Principios de otros maestros lo son; y tampoco el Sistema de otros resulta inmodificable. Son los puntos de apoyo en aquel momento de su vida de creación científica. Y por eso los *Fundamentos* cambian, a través de esa vida, en sus tres (o, mejor dicho, cuatro) ediciones. Son, en un sentido, los cimientos del edificio; en otro sentido, la expresión sintética del mismo.

COUTURE tiene, antes de producir los *Fundamentos*, una obra monográfica; esa obra continúa después, y en todo momento, hasta su muerte; unas veces ofreciendo estudios o ensayos nuevos; otras veces reelaborando estudios o ensayos anteriores. Nadie mejor que COUTURE hubiera debido titular *ensayos* a las manifestaciones de su obra monográfica; porque esa obra estaba en continua transformación. Cuando un autor trabaja de esta manera (y quien ha intervenido en la aparición impresa de la obra de COUTURE, sabe hasta qué punto la transformación era permanente y continua), el estudioso de su obra está obligado a seguirla plenamente y a conocer el significado, el valor, de cada una de sus mani-

festaciones. En tal sentido, los *Fundamentos,* además de cimiento y expresión de toda la obra couturiana, son el eje de ella. COUTURE ha realizado otra obra general importantísima: su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil.* No debemos extrañarnos, sin embargo, si alguna de sus ideas, de sus concepciones científicas, no está reflejada en ese Proyecto, e incluso si algún precepto del mismo pugna con ellas; porque "la redacción de un código no es una obra académica sino una obra política" (*Proyecto,* Exposición de motivos, página 31). Mientras alguna discrepancia sea solamente en el *Proyecto* donde aparezca, deberá, o podrá, atribuirse a ese carácter de "obra política". Cuando, por el contrario, la pugna pueda plantearse entre manifestaciones de su obra "académica", entonces habremos de creer que el pensamiento de COUTURE ha evolucionado; y habremos de fijarnos con gran cuidado en esa evolución; porque difícilmente el cambio, en COUTURE, será brusco. Si ese cambio se manifiesta en los *Fundamentos,* deberemos pensar en sus repercusiones sobre determinados trabajos monográficos; y, viceversa, si uno de estos trabajos manifiesta una concepción nueva, habremos de pensar sobre qué parte de los *Fundamentos* actúa, para considerarla modificada o sujeta a revisión. Para opinar así, nos basta con recordar que el *fundamental* concepto de *jurisdicción* —como nos señala el autor— aparece en esta edición como consecuencia de un trabajo particular llevado a cabo en forma de cursillo universitario. Pero este problema, hoy en día, desaparecido COUTURE, hay que estimarlo superado; y son los *Fundamentos,* en esta edición, los que nos dan la pauta definitiva de su último pensamiento.

8. — Así como el capítulo —nuevo en esta tercera edición— que estudia la *jurisdicción*, aparece integrando la parte primera del libro, el dedicado a estudiar la *tutela jurídica* —también nuevo— y con el cual el libro termina, integra la parte tercera, como capítulo cuarto de ella. En realidad, uno y otro, de estos dos capítulos, han de considerarse independientes de las respectivas *partes* de la obra en que aparecen incluídos. Son la aportación de mayor trascendencia que COUTURE nos ofrece en esta edición póstuma. Hay, entre esos dos capítulos, un estrecho parentesco, no sólo de construcción sino también de concepción: el primero surge, se incluye en la obra —nos lo dice el autor bien claramente— cuando, por fin, después de profundas meditaciones, llega a percibir, con absoluta claridad, el fenómeno jurisdiccional y su naturaleza procesal o su vinculación con lo procesal. De la *tutela jurídica*, en cambio, nos dice: "El presente capítulo aspira a ser una investigación original y no tiene bibliografía dentro de su misma orientación"; y añade: "cuanto aquí se expone es prolongación, aceptación o disidencia del pensamiento de muchos escritores que han trabajado preferentemente en el campo de la teoría general del derecho". Y cuando plantea el tema, preguntando: "¿Cómo sirve el proceso a los valores jurídicos? ¿Cómo puede la ciencia que lo estudia cooperar en la efectiva realización de la tutela jurídica?", no podemos por menos de recordar que los *Fundamentos*, prolongándose en sucesivas ediciones, están siempre dedicados "a la memoria de JAMES GOLDSCHMIDT", y que fue el decano de Berlín, escribiendo en España, ya emigrado, quien afirmó: "De hecho, la ciencia del proceso

habría de ser: *Todo*. En la práctica, apenas si se aplica el derecho fuera del proceso". Y, poco más adelante: "Me propongo en el presente trabajo exponer las teorías que se han ideado con respecto al Derecho Procesal desde el tiempo en que se empezó a sentir la preocupación de construcciones jurídicas procesales". El decano de Montevideo, veinte años después, había de decirnos: "La ciencia del proceso civil no tiene como objeto de conocimiento tan sólo los actos procesales...; esta concepción errónea ha hecho pensar a algún filósofo que sobre esa base no se puede construir una ciencia de conocimiento de lo real con validez universal. La ciencia del proceso se asienta sobre sustancias menos frágiles". Y, en seguida: "Cuanto a continuación se expone es una propuesta de fundamentación científica, lógica, ontológica y axiológica, de la ciencia del proceso".

El capítulo termina con la invocación de SÓCRATES: "¿Y cuando la cosa juzgada es errónea y va contra la ley? Prevalece la cosa juzgada"; pero ¡alto!, que si el libro se cierra reproduciendo las eternas palabras de SÓCRATES: "¿Crees que puede persistir, sin arruinarse, aquella Ciudad en que las decisiones judiciales nada pueden y en que los particulares las anulen y depongan a su señorío?", una página antes se ha escrito, como proposición axiológica: "La cosa juzgada obtenida con dolo, no vale como cosa juzgada".

"Una investigación original": yo diría que en este capítulo están expresadas las inquietudes de COUTURE; que es la justificación de esas inquietudes; que es la expresión del proceso como ciencia y del proceso como vida: de lo que la ciencia del proceso ha de ser. Creo que

este capítulo hubiera sido, en la obra de COUTURE, el eslabón que uniese dos etapas diversas de su producción científica; con él terminaba o se superaba una etapa y se iniciaba otra nueva: los *Fundamentos* frente al resto de su obra: el *Proyecto de Código*, con su sentido político, la recapitulación de sus *Estudios* intensamente reelaborados eran todavía momentos homogéneos; la homogeneidad terminaba en ese capítulo que une la obra anterior a la nueva, pero como manifestaciones diversas de su producción.

Y, sin embargo, COUTURE, como CALAMANDREI, había sentido la atracción de la justicia inglesa, con todo su alejamiento de la ciencia jurídica. Y, en particular, de la ciencia del proceso; de la justicia inglesa con todo su pragmatismo; la había sentido acaso como fenómeno humano; había percibido la trascendencia del fenómeno como conducta. Pero había percibido también la posibilidad de armonizar el fenómeno humano y la elaboración científica.

* * *

Si este prólogo, como he dicho antes, pretende ser la lección inicial de una nueva enseñanza de COUTURE, debe terminar con la afirmación de que esa enseñanza ha de apoyarse en el capítulo final de los *Fundamentos*. Trabajando sobre ese capítulo, desarrollando las ideas de esa "investigación original" es como se podrá tratar de acercarse a la que hubiera sido la evolución del pensamiento procesal de COUTURE.

SANTIAGO SENTÍS MELENDO

Buenos Aires, enero de 1958.

PREFACIO DE LA TERCERA EDICIÓN

El lector que conozca las anteriores apariciones de este libro, hallará sensibles diferencias con la presente. Aun tratando de conservar en lo posible su volumen, su estructura, su estilo y su método expositivo, esta nueva edición es, a su vez, otra remodelación completa de la obra.

Aparecen aquí tres nuevos capítulos: la "Introducción", conteniendo el concepto y sistemas del derecho procesal civil, "La jurisdicción" y el capítulo final titulado "La tutela jurídica". Otros, como "La instancia" o "La ejecución", han sido reelaborados. En los restantes, el texto anterior mantiene su carácter. La información, tanto de doctrina como de jurisprudencia, ha sido, en lo posible, actualizada.

Un nuevo contingente de referencias relativas al common law *angloamericano, aparece ahora como consecuencia de las experiencias realizadas en la primavera de 1955 en Tulane University, Nueva Orleans, en el curso dictado bajo el título* A comparative survey of Latin American Civil Procedure. *Aspiramos a que ellas sirvan para enriquecer el libro, sin quitarle su originario acento y, sobre todo, su fidelidad al pensamiento europeo en el que fuera concebido y realizado.*

Aparecen ahora muchas definiciones que no se hallaban antes. Son el resultado de pacientes investigaciones de doctrina y de lingüística, realizadas con motivo de preparar un Vocabulario de Derecho Procesal Civil,

que esperamos poder publicar dentro de no mucho tiempo, y que se halla en curso de redacción desde hace ya varios años.

Repetimos la expresión de agradecimiento consignada en anteriores ediciones para todos aquellos que, de muy diversas formas, han contribuído con su ayuda a la redacción de este libro. Son ya tantos que sus nombres no caben en esta página preliminar.

E. J. C.

Montevideo, 1955.

ABREVIATURAS

B. I. D. P. .... Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad del Litoral (Santa Fe).
B. J. .... Boletín Judicial (Montevideo).
C. C. .... Código Civil.
C. Com. .... Código de Comercio.
C. O. T. .... Código de Organización de los Tribunales.
C. P. .... Código Penal.
C. P. C. .... Código de Procedimiento Civil.
J. A. .... Jurisprudencia Argentina (Buenos Aires).
J. U. .... Jurisprudencia Uruguaya (Montevideo).
Jur. A. S. .... Jurisprudencia. Colección Abadie Santos (Montevideo).
L. J. U. .... La Justicia Uruguaya (Montevideo).
La Ley .... Revista Jurídica Argentina La Ley (Buenos Aires).
N. D. I. .... Nuovo Digesto Italiano (Roma).
Rev. C. J. .... Revista Crítica de Jurisprudencia (Buenos Aires).
Rev. C. E. D. .... Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (Montevideo).
Rev. D. J. A. ..... La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (Montevideo).
Rev. D. L. .... Revista de Derecho Laboral (Montevideo).
Rev. D. P. .... Revista de Derecho Procesal (Buenos Aires).
Rev. D. P. esp. .... Revista (española) de Derecho Procesal (Madrid).
Rev. D. P. P. ..... Revista de Derecho Público y Privado (Montevideo).
Rev. F. .... Revista Forense (Río de Janeiro).
Rev. F. D. C. S. ... Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
Rev. J. C. .... Revista Jurídica de Córdoba (Buenos Aires - Córdoba).
Rev. T. D. C. ..... Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
Riv. D. P. .... Rivista di Diritto Processuale (2ª época) (Padua).
Riv. D. P. C. ..... Rivista di Diritto Processuale Civile (1ª época) (Padua).
Riv. T. D. P. C. ... Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
ZZP. .... Zeitschrift für Zivilprozess (Colonia - Berlín).

ÍNDICE*

* Véase al final del volumen los índices analítico, de materias y de autores citados.

Introducción

EL DERECHO PROCESAL CIVIL

INTRODUCCIÓN

EL DERECHO PROCESAL CIVIL

§ 1. DEFINICIÓN Y CONTENIDO

1. DEFINICIÓN.

El derecho procesal civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil.

Esta definición supone dar por admitido el carácter científico del derecho procesal civil, punto éste que ha sido últimamente cuestionado[1]. Se sostiene, en contra de ella, además, que este concepto está en crisis[2] y que no corresponde enseñar esta materia en las Universidades sino aprenderla en la práctica profesional[3]. Pero la respuesta a estas y otras proposiciones análogas, se hallará reiteradamente a lo largo de estas páginas.

[1] IBÁÑEZ DE ALDECOA, *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*, Buenos Aires, 1954. Sus puntos de vista han dado motivo al capítulo final de este libro.

[2] CLARK, *Handbook of the Code Pleading*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1947, p. VII.

[3] MAITLAND, *Equity also the forms of action at Common Law*, Cambridge, 1932; SANTA PINTER, *Procedimiento civil en el sistema legal inglés*, en "J. A.", 1955-III, sec. doct., p. 25; CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, para referirse a los estudios en la Universidad de Cambridge.

2. CONTENIDO.

En la definición propuesta se señala como primer elemento de esta rama del saber jurídico, la determinación de la naturaleza del proceso. Se trata de responder a la pregunta *¿qué es el proceso?* La investigación de esta esencia es de carácter ontológico. Tiende a determinar a qué categoría corresponde, en sustancia, el objeto de conocimiento que se está examinando.

En segundo lugar se fija como contenido de esta ciencia, el examen del desenvolvimiento, esto es, del comportamiento externo, formal, del proceso. Se trata de responder a la pregunta *¿cómo es el proceso?* Aquí el estudio tiene un contenido fenomenológico, descriptivo, de la realidad aparente y visible del proceso civil.

Por último, se propone la determinación de los fines o resultados del proceso. La respuesta aspira a satisfacer la pregunta *¿para qué sirve el proceso?* El contenido de esta respuesta será axiológico. Debe fijar la función del proceso en el mundo del derecho.

La definición supone, asimismo, que el proceso es un conjunto de relaciones jurídicas. Si bien debe considerarse correcta la proposición de que el proceso es en sí mismo una relación jurídica, corresponde advertir que esa relación está formada a su vez por un conjunto de relaciones. Si por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber, debe reconocerse que, aun dotado de unidad, el proceso es un conjunto de ligámenes del juez con las partes y de las partes entre sí.

§ 2. DENOMINACIÓN

3. DENOMINACIONES TRADICIONALES.

Esta rama del derecho ha ido cambiando, sucesivamente, de contenido y aun de denominación.

Hasta el siglo XVIII su contenido, en los países de cultura latina, era el de la simple práctica. Los libros se denominaban *Práctica judicial* (MEXIA DE CABRERA, 1655; VILLADIEGO, 1788), *Práctica civil* (MONTERROSO Y ALVARADO, 1563), *Praxis Iudicium* (CARDOSO DO AMARAL, 1610). Todavía hoy se siguen escribiendo libros de este estilo como *Carmody's Practice* (CARR-FYNN-SAXE, 4ª ed., 1950), o el de RAITANI, *Práctica do processo civil* (4ª ed., 1949[4]).

En el siglo XIX la voz "procedimiento" sustituye a "práctica" y el método, ya frecuentemente exegético, al estilo de los comentaristas de los textos napoleónicos, describe el proceso civil y examina el alcance de sus disposiciones. No se puede todavía hablar de ciencia; pero comienza a advertirse una concepción plenaria de toda esta rama del derecho. Sus cultores han sido denominados, últimamente, procedimentalistas[5].

A comienzos del siglo XIX empieza a abrirse camino entre los países de formación latina, una concepción sistemática y coherente de todo este capítulo del derecho. Al nuevo estilo debe corresponder una nueva denominación; y en una nota de pie de página de un documento famoso, luego de haberse examinado este aspecto de léxico, se concluye: "Dígase, entonces, de una buena vez: derecho procesal"[6].

[4] Debe hacerse también mención de los abundantes *Cases books* que sobre esta materia se publican con sentido meramente práctico, en los Estados Unidos. Así, p. ej.: DOBIE-LADD-FORRESTER, *Cases and materials on federal jurisdiction and procedure*, St. Paul, Minnesota, 1950; MAGILL y CHADUN, Chicago, 1939, y SCOTT-SIMPSON, New York, Boston, 1951. Hay también en Estados Unidos obras elementalísimas de iniciación práctica, como, p. ej., KARLEN, *Primer of procedure*, Madison, Wisconsin, 1950.

[5] Sobre esto, SENTÍS MELENDO, *Del procedimentalismo al procesalismo en la República Argentina*, publ. en "Anales del Colegio de Abogados de Santa Fe", t. I, nº 1, y en "Revista Peruana de Ciencias Jurídicas", 1946, nº 1; ALSINA, *Influencia de las doctrinas de Chiovenda sobre los estudios procesales en la República Argentina*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 317.

[6] CHIOVENDA, *L'azione nei sistema dei diritti*, en *Saggi*, t. 1, p. 31, nota 2.

4. NUEVAS DENOMINACIONES PROPUESTAS.

Cuando la doctrina parecía haberse estabilizado en torno a la denominación últimamente enunciada, surgen nuevos intentos de sustituírla.

En la doctrina francesa se preconiza la denominación *droit judiciaire prive*[7]. En la española, *derecho jurisdiccional*[8].

Debe advertirse que no existe coincidencia entre ambas denominaciones, a pesar de sus apariencias.

La primera constituye una subsistencia de la concepción tradicional que denominaba al procedimiento civil *derecho judicial*[9]. La segunda no sólo se preocupa de subrayar que nada tiene que ver con la primera, sino que destaca su propósito de superarla[10].

La denominación genérica de derecho jurisdiccional tiene sobre la precedente la ventaja de abarcar no sólo el derecho procesal propiamente dicho, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición jurídica de sus agentes.

Pero esa denominación es insuficiente. El derecho procesal comprende no sólo el estudio de los procesos contenciosos, sino también el de los procedimientos de la llamada jurisdicción voluntaria. Por acuerdo pacífico de doctrina, estos procedimientos no abarcan la función jurisdiccional, pero sí la procesal.

Ocurre, asimismo, que numerosas actividades juris-

[7] Así se denomina al curso del profesor SOLUS en la Facultad de Derecho de París. Su contenido se recoge en los volúmenes *Droit judiciaire privé*, editado por *Les Cours de Droit* anualmente.

[8] En este sentido, FENECH, *Note introduttive allo studio del diritto processuale*, en *Scritti in onore di Carnelutti*, Milano, 1950, p. 297.

[9] Es éste el sentido que le daba MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, Torino, 1888, y *Trattato di diritto giudiziario civile*, 6 vols., Torino, 1902-1906, enteramente distinto, por supuesto, del derecho justicial material de GOLDSCHMIDT.

[10] FENECH, *op. cit.*, p. 313 en nota. Pero cabe llamar la atención acerca de la circunstancia de que para la doctrina francesa el procedimiento es sólo una parte del derecho judicial, según lo consigna claramente MOREL, *Traité*, 2ª ed., p. 3.

diccionales no se hallan cometidas al Poder Judicial, sino también al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a otros órganos del poder público, tal como acontece en nuestro país con la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo y el Tribunal de Cuentas. La ciencia así denominada debería abarcar, pues, desde las funciones jurisdiccionales del Parlamento hasta las de esos órganos específicos de la jurisdicción.

Ocurriría, entonces, que los vocablos derecho jurisdiccional difieren del contenido del derecho procesal. En cierto aspecto no lo cubren totalmente; en otro, lo rebasan con gran exceso.

5. ORIGEN NACIONAL DE LAS DENOMINACIONES.

También corresponde subrayar que, en cierto modo, las diversas denominaciones utilizadas por esta ciencia corresponden a las influencias de las distintas escuelas.

La doctrina española usa habitualmente el vocablo *enjuiciamiento*[11]; la doctrina alemana prefiere *Prozess* a *Procedur*. Algunas escuelas, como la italiana, actuaron tradicionalmente sobre el vocablo latino *iudicio*, en toda su literatura, desde el siglo XII al siglo XVIII[12], para abandonarlo luego durante el siglo XIX, por influencia francesa, sustituyéndolo por *procedura*; y, por influencia alemana, durante el siglo XX fue sustituído por *diritto processuale*[13].

6. DENOMINACIÓN ADOPTADA.

Cuanto acaba de exponerse conduce a adoptar los vocablos, ya tradicionales no obstante su origen relativamente moderno, de derecho procesal.

[11] Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, procedimiento y enjuiciamiento*, en *Estudios*, p. 461.

[12] CHIOVENDA, *Istituzioni*, 2ª ed., t. I, p. 96.

[13] CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, en "Riv. D. P.", 1949, I, ps. 165 y ss.

El vocablo *derecho* está tomado en el sentido que le corresponde como rama de las ciencias de la cultura: un conjunto de normas que integran una rama particular del ordenamiento jurídico general. Supone un saber sistemático, coherente, unitario, de las normas jurídicas. Supera, en este sentido, a práctica, que sólo alude a un menester empírico y no a un saber razonado. Supera, asimismo, a la simple enunciación de las leyes, pues el derecho es más que la ley. La ley es sólo un fragmento de la ciencia del derecho.

En cuanto a la locución *procesal* dice relación con el objeto estudiado: el proceso. No es, propiamente, el estudio del procedimiento, que es sólo el lado externo del proceso. La idea del proceso es una idea teleológica. Se halla necesariamente referida a un fin. El proceso es un procedimiento apuntado al fin de cumplir la función jurisdiccional[14].

Civil, por oposición a penal, administrativo, laboral, etc., comprende todo aquello que convencionalmente se denomina derecho civil. Esa zona se va ensanchando cada día. La tendencia actual de restringir las jurisdicciones comerciales y el procedimiento que les era inherente, conduce a volcar en la materia civil todo lo que anteriormente se le segregaba. También el procedimiento laboral, aun siendo una rama separada del derecho procesal civil, mantiene muchos de los criterios propios de éste, compatibles con sus nuevos presupuestos políticos y sociales. El derecho procesal civil es asimismo supletorio del procedimiento administrativo y se aplica en ausencia de previsiones especiales de éste.

[14] *Infra*, nº 108. Análogamente, Lois Estévez, *El concepto de derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, separata de "Foro Gallego", 1952, p. 6.

§ 3. CONCEPTO

7. AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN, PROCESO.

A la idea de proceso se llega por confrontación con las otras soluciones posibles para dirimir conflictos de intereses con relevancia jurídica.

Producido un quebrantamiento de las previsiones hipotéticas contenidas en la ley, los fines de ésta se frustran y debe arbitrarse una solución que haga cesar el conflicto.

En este caso, cuando menos, tres soluciones son posibles:

a) La llamada autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias. Esta reacción se halla normalmente prohibida por la ley, la que ha llegado a tipificarla como delito en el art. 198, C.P. Pero no toda forma de autotutela es ilícita; el derecho de retención ha sido legitimado por el art. 1854, C.C.; la huelga ha sido declarada derecho gremial en el art. 57 de la Constitución; la legítima defensa ha sido considerada eximente de responsabilidad en el art. 26, C.P.; son también legítimos los actos de corrección y disciplina inherentes a la patria potestad regulados por el art. 261, C.C.; etc.

En las situaciones de autotutela se ahorra, por lo menos momentáneamente, el proceso, y los fenómenos jurídicos quedan dentro del ámbito del derecho material.

Se ha dicho más de una vez que la prohibición de la autodefensa es en sí misma de orden procesal[15]. Pero como bien se ha hecho notar[16], aunque eso sea así, no debe olvidarse que en tanto la autodefensa constituye una solución parcial del litigio por acto privado, el proceso constituye una solución parcial del litigio de carác-

[15] CARNELUTTI, *Sistema*, t. I, nº 352, b.

[16] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, p. 54.

ter público. La autotutela o autodefensa sacrifica este último interés al primero.

b) La sumisión o renuncia total o parcial. En este caso la parte perjudicada por el quebrantamiento de la norma sacrifica todo o parte de su derecho. Sumisión total es la renuncia o la remisión de la deuda. Sumisión parcial es la transacción, denominada justamente un contrato civil con proyecciones procesales[17]. La doctrina llama a estas formas autocomposición, o sea, solución del conflicto por las propias partes.

c) El proceso. En este caso las partes dirimen su controversia ante la autoridad y quedan sometidas, expresa o tácitamente, a la decisión de ésta[18].

El proceso resulta ser, en este sentido, en el cúmulo de actos de la conducta jurídica, un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica.

En el plano de la doctrina el proceso es uno solo, aunque el conflicto se produzca en distintos ámbitos del derecho[19].

La materia puede hacer variar la competencia, la composición de los tribunales, las formas de tramitación, hasta la eficacia misma de los distintos procesos. Pero siempre habrá un común denominador a toda esa serie de actos: su carácter ya destacado de medio idóneo para dirimir, mediante un juicio, un conflicto de intereses jurídicos, por acto de la autoridad.

[17] Así, COLOMBO, *La transacción*, Buenos Aires, 1944.

[18] Confróntese con ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., a quien pertenece la primera formulación sistemática de estas ideas. También CARLOS, *En torno a la fundamentación científica del derecho procesal civil*, en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1947, ps. 105 y ss. y particularmente p. 118.

[19] El tema de la unidad del proceso civil y penal tiene ya copiosa literatura. Últimamente lo ha retomado CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, en "Riv. D. P.", 1951, I, p. 289, con ocasión del tema de la cosa juzgada penal. También, colateralmente, JAEGER, *Processo, lite, controversia penale*, en *Scritti in onore di Carnelutti*, t. 2, p. 419. La unidad del proceso judicial y del proceso parlamentario ha sido advertida últimamente por CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, p. 41.

La competencia y las formas son el accidente. La sustancia es el hecho de dirimir un conflicto en la forma que queda apuntada.

8. Concepto del derecho procesal civil.

La idea de proceso en sentido jurídico aparece, virtualmente, en todos los campos del derecho. Existe un proceso legislativo, otro administrativo y otro judicial; proceso criminal, laboral, rural, de menores, comercial, civil, etc.; proceso municipal, provincial, nacional, internacional. Existen procesos cuya regulación pertenece a la historia, otros que pertenecen al derecho vigente y otros que son meramente proyectos de derecho futuro[20].

Entre estos diversos tipos de procesos debemos destacar el que constituye el objeto de nuestro estudio.

Examinamos aquí sólo el proceso jurisdiccional a cargo de los órganos del Poder Judicial; y dentro de ese género, sólo el inherente a la materia civil. Sus contornos no son siempre precisos, pero por regla general abarca la materia cubierta por el Código Civil, sus leyes complementarias y afines[21].

Es, para nosotros, derecho nacional y no provincial o municipal, dada la estructura unitaria del Uruguay. Pero existe en esta materia una específica similitud de origen entre el derecho procesal de los países hispanoamericanos y sus fundamentos deben reputarse comunes[22]. Con suma frecuencia se puede mostrar la similitud de orientación legislativa de los textos vigentes en las

[20] Cfr. Gordillo, *Concepto de derecho procesal*, 1ª entrega, Madrid, 1955, ps. 7 y ss.

[21] Cfr. Prieto Castro, *Sobre el concepto y delimitación del derecho procesal civil*, en "Rev. D. P. esp.", 1947, p. 549; ídem, *Normas procesales y normas sustantivas*, en *Estudios y comentarios*, t. i, p. 5.

[22] Nos remitimos aquí a cuanto hemos expuesto en *Trayectoria y destino del derecho procesal hispanoamericano*, en *Estudios*, t. 1, p. 289.

demás naciones del Continente. Incluso puede advertirse análogo origen, fuera de la América Española, en el *Code of Practice* del Estado de Luisiana (EE.UU.)[23].

Se ha señalado recientemente que un estudio de este tipo se asemeja, con todas sus necesarias reservas, a un Tratado de derecho común tal como el *System* de WETZELL o a uno de *common law*[24].

El concepto de derecho procesal civil se halla, pues, inseparablemente ligado al fenómeno, connatural en el Estado de derecho, de que los conflictos intersubjetivos, susceptibles de provocar consecuencias jurídicas, pueden dirimirse por acto de las propias partes, mediante el fenómeno conocido con el nombre de realización espontánea del derecho; pero a falta de realización espontánea, sólo el proceso es el instrumento idóneo para dirimir por acto de juicio, imparcial, irrevocable, coercible, emanado de la autoridad, el conflicto surgido.

§ 4. LOS SISTEMAS PROCESALES CONTEMPORÁNEOS

9. DERECHO PROCESAL Y DERECHO POSITIVO.

El derecho procesal civil como ciencia dogmática opera sobre un derecho positivo determinado. Actúa sobre conceptos acuñados en los textos; procura extraer su sentido y señalar sus consecuencias en el orden de la conducta jurídica.

[23] Véase el prólogo de DART a la edición del *Louisiana Code of Practice*, Indianápolis, 1942, p. III. Es éste un código del año 1825, de notoria filiación española, comenzando por las abundantes definiciones tomadas en su mayor parte de la Partida III. Su primitiva redacción fue en francés y luego se promulgó oficialmente en francés e inglés. Hoy sólo se usa la edición en idioma inglés. Véase, también, DART, *Influence of ancient laws of Spain on Louisiana*, en "American Bar Association Journal", 1932, p. 125.

[24] LIEBMAN, *Diritto costituzionale e processo civile*, en "Riv. D. P.", 1952, I, p. 13; en "Rev. D. J. A.", t. 51, p. 121.

Pero la comprensión del derecho vigente, en cierto lugar y tiempo, se relaciona siempre con los grandes sistemas jurídicos vigentes en el mundo contemporáneo. Aunque a primera vista no se perciba, todo derecho pertenece a un sistema jurídico de los diversos existentes en el ámbito universal.

Nuestros actuales métodos de conocimiento e información no son completos; pero es posible formular un esquema de esos sistemas jurídicos contemporáneos, en lo que atañe al derecho procesal civil.

10. LAS "FAMILIAS" DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO.

La ordenación de los sistemas jurídicos vigentes en la actualidad se va realizando por sucesivos esfuerzos de la doctrina del derecho comparado.

Aunque se dice que han existido hasta diecisiete sistemas jurídicos, de los cuales no quedan más que dos[25], es bueno no colocarse ni tan alto ni tan bajo, en la enumeración de tales sistemas.

Las proposiciones más comunes van de siete grupos (ARMINJON-NOLDE-WOLFF), seis (DAVID), cinco (ESMEIN), cuatro (SAUSER-HALL, SOLÁ CAÑIZARES), tres (LÉVY-ULLMAN), hasta dos (SARFATI, PEKELIS, JENKS, RANDALL, WIGMORE)[26].

Estas agrupaciones son simples ordenamientos pedagógicos. Los diversos sistemas jurídicos corresponden a realidades sociales, económicas, políticas, religiosas,

[25] YNTEMA, *Roman Law as the basis of Comparative Law*, en el libro *Law: A century of progress*, New York, 1937.

[26] Cfr. WIGMORE, *A panorama of the world's legal systems*, St. Paul, Minnesota, 1928: ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *Traité de droit comparé*, 3 vols., Paris, 1950; DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950; SARFATI, *Corso di diritto privato comparato*, Roma, 1928; SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación en el derecho comparado*, Barcelona, 1954. Pero acaba de formularse la pregunta de si estas agrupaciones son método o ciencia, debiendo en este aspecto decidirse por lo primero. Cfr. BLAGOJEVICH, *Le droit comparé. Méthode ou science?*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, 1953, nº 4.

morales, de las cuales el derecho actúa como elemento aglutinante más que como elemento ordenador. Las diversas fuentes de las cuales fluye el derecho, adquieren en esos sistemas muy diverso significado y jerarquía. Este tema ha sido objeto de un estudio muy cuidadoso[27].

Examinando todas estas proposiciones con relación al campo del derecho procesal, parece preferible adoptar una división en tres grandes grupos: el oriental, el soviético y el romano occidental. Pero en lugar de los dos grandes grupos en que se divide habitualmente el derecho romano occidental, se debe proponer una división del mismo en cinco grandes tendencias que más adelante se expresarán.

11. Los sistemas orientales.

La característica de las civilizaciones orientales es su forma estática[28]. Por oposición al carácter dinámico de la civilización occidental, en constante trasformación, las instituciones jurídicas de Oriente parecen con frecuencia detenidas en sus fórmulas primitivas. Algunos de estos sistemas tienen códigos de procedimiento civil modernos; pero esos códigos cuentan poco frente a la tradición, las costumbres inmemoriales y especialmente a la gran importancia que en ciertas razas tiene el orden religioso sobre el orden civil[29].

[27] Véase POUND, *Hierarchy of sources and formes in differents systems of law*, en "Tulane Law Review", t. 7, 1953, p. 745.

[28] KURY, *¿Qué es el hombre?*, Cardal, 1954, p. 108.

[29] Sobre los sistemas que a continuación se mencionan, hemos escrito un estudio similar titulado *Concepto, sistemas y tendencias del derecho procesal civil*, publ. en "Rev. F. D. C. S.", 1954, p. 231, y en "Revista del Colegio de Abogados", Buenos Aires, 1955. Los materiales de esos trabajos fueron preparados para esta edición y para el curso dictado en Tulane University en 1955; pero su inclusión completa en esta obra le haría perder sus originarias proporciones y orientación. Los materiales que por primera vez se citan aquí, pertenecen a la biblioteca de la Universidad de Tulane.

Es posible agrupar los pueblos de Oriente y norte de África en tres grandes grupos:

a) *Sistema chino*[30]. Abarca un conjunto aproximado de 458 millones de habitantes. Aunque geográficamente su área debería comprender regiones como Japón, Corea, Vietnam y Filipinas, estos países tienen modalidades particulares, consecuencias de las respectivas influencias alemana[31], francesa y española.

Rige en China un Código de Procedimiento Civil de 1 de julio de 1935. Pero los elementos de información de que se dispone, afirman que este texto legal tiene escasa aplicación práctica, dadas las modalidades particulares de ese pueblo[32]. El Código es de inspiración occidental y su técnica lo aproxima al sistema francés, modernizado y con muy correcta formulación[33].

b) *Sistema hindú*[34]. Este sistema abarca un conjunto de 380 millones de habitantes, divididos por regiones, razas y grupos sociales. Se rige por un Código cuya

[30] Sobre este sistema, en general, YU, *Guide to study of Chinese literature*, publ. en "China Law Review", 1936, p. 291. Últimamente POUND, *The Chinese Constitution*, publ. en "New York University Law Quarterly", 1947, p. 194. Una exposición de la justicia china ha sido publicada por YANG, *Judicial Administration in China*, publ. en "China Law Review", Nanking, 1933, p. 6. Pero este estudio confirma lo afirmado en el texto de que la administración de justicia abarca principalmente la materia penal y no los litigios civiles. Cabe anotar, sin embargo, que este trabajo, cuyo autor era, al tiempo de escribirlo, ministro de Justicia, es anterior a la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil.

[31] El Código Civil japonés es de influencia alemana. Carecemos hasta este momento de elementos de información suficiente acerca de la materia procesal. Cfr. DE BECKER, *Elements of Japanese Law*, Tokio, 1916, y FUJI SCHINIKI, *The essentials of Japanese Constitutional Law*, Tokio, 1940.

[32] Decía CONFUCIO: "En escuchar litigios yo soy como cualquier otro; lo importante es que el pueblo no tenga litigios". DOEBLIN, *Confucio*. Texto e introducción, trad. esp., Buenos Aires, 1946, p. 68.

[33] *Code de Procédure (Revisé) de la République Chinoise. Texte chinois et traduction française revue et mise au jour à la date de la promulgation du nouveau Code*, por RICARD, Tientsin-Shangai, Paris, 1936.

[34] Sobre este sistema, en general, STOKES, *The Anglo-Indian Codes*, Oxford, 1887, con suplementos de 1889 y 1891. Recientemente, GLEDHILL, *The Republic of India, the development of its laws and Constitution*, London, 1951.

última versión es de 1908[35], y que según informaciones autorizadas tiene escasa aplicación práctica[36].

c) *Sistema musulmán*[37]. Abarca un área geográfica que va desde la costa atlántica de África hasta la India. Debe atribuírsele una cifra de 400 millones de personas. No tiene codificación y lo religioso interfiere constantemente con lo civil. El derecho musulmán es aplicado por jueces españoles, franceses, italianos, ingleses, turcos, árabes, hindúes.

12. EL SISTEMA SOVIÉTICO.

El derecho de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas[38] cabalga sobre los sistemas orientales y el romano occidental. Esta observación no tiene solamente carácter geográfico, sino también espiritual.

[35] *The Code of Civil Procedure, Act. V, 1908*, edición actualizada por RAMAN ALI SHAH, Allahabad, 1952.

[36] DAVID, *op. cit.*, p. 358.

[37] Existe una abundante bibliografía de derecho islámico, la cual aparece expuesta en el libro de LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932. Las obras generales más importantes son las de MORAND, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger, 1921; SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Roma, 1925; BARATTA, *Nozioni di diritto musulmano*, Palermo, 1923 (?); HEFFENING, *Das islamische Frendemrecht*, Hannover, 1925, en *L'encyclopédie de l'Islam*, art. *Sharia*, de SCHACHT, volumen IV. ps. 331 a 336.

[38] Para una visión general, WISHINSKI, *The law of the Soviet State*, trad. inglesa de H. W. BABB, con una introducción de HAZARD, New York, 1948. Una exposición del Poder Judicial en los primeros tiempos de la revolución es la de FISCHER, *The judicial system of Russia*, publ. en el "American Bar Association Journal", 1921, p. 213. La traducción española de la Constitución y códigos rusos, ha sido publicada en México, con la autorización de la Embajada de los Soviets en ese país, bajo el título *Legislación soviética moderna*, trad. esp. M. LUBÁN y revisión de CALVO, FERNÁNDEZ CLÉRIGO y RUIZ FUNES. Hay también una exposición en idioma inglés, de GSOVSKY, *Soviet Civil Law*, con estudio preliminar de YNTEMA, Ann Harbor, Michigan, 1948-1949. También, SCHLESINGER, *Soviet legal theory, its social background and development*, New York, 1945; TARACOUZIO, *Law in the Union of Socialist Soviet Republics*, en la obra de RUG, *Comparative private law*, ps. 36, 44, 45 y 46. Este estudio consta de dos partes tituladas, respectivamente, "Interpretación marxista del derecho" y "El derecho soviético en la teoría y en la práctica".

De aquéllos tiene el carácter inmemorial, y aun religioso de ciertas soluciones[39]; de éste, el sistema de la codificación.

Este sistema abarca un conjunto de 114 millones de personas, no incluyendo los países de la Europa Central y Occidental que, por circunstancias notorias, responden a las orientaciones del gobierno soviético.

La fórmula de Lenín "el Tribunal es uno de los instrumentos del poder del proletariado y de la clase trabajadora rural", no es sino una paráfrasis de su dístico "el derecho es la política"[40].

Este concepto inspira todo el sistema. De acuerdo con la Constitución de 31 de enero de 1924, corresponde al Tribunal buscar el criterio aplicable a cada situación para satisfacer los intereses del Partido, ya que el art. 125 subordina el ejercicio de todos los derechos a "los intereses de los trabajadores y con el objeto de consolidar el régimen socialista".

Habiendo instituído el art. 126 el Partido Único, los postulados de ese Partido constituyen la norma o criterio de aplicación del derecho al cual quedan sujetos los tribunales, tanto en materia civil como penal. Los derechos de aquellos que no pertenecen a la clase trabajadora, o los contrarios al Partido, no son reconocidos por la justicia soviética. De ellos dijo uno de sus doctri-

[39] En la *Historia de Carlos XII*, de Voltaire, se refiere que la ley que prohibe salir del territorio ruso sin permiso del Zar, tiene un antiquísimo origen religioso.

[40] Ref. Hazard, *Quelques aspects du droit soviétique tel qu'il apparaît à un juriste anglo-saxon*, en "Revue Internationale du Droit Comparé", Paris, 1950, 2, p. 237. El concepto aparecería contradicho por Vishinski, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, trad. esp., Montevideo, 1950, p. 16, cuando asegura, de acuerdo con el art. 112 de la Constitución staliniana (así la denomina): "los jueces son independientes y sólo se subordinan a la ley". Pero más adelante agrega (p. 27): "El Tribunal soviético es obra del Estado soviético, es carne de la carne y sangre de la sangre de la sociedad nueva socialista. Sirve a los intereses de los trabajadores, del pueblo; es un tribunal popular en el sentido directo y verdadero de esta palabra". Véase, sin embargo, Mora y Zwierniak, *Giustizia sovietica*, Roma, 1945, p. 20.

narios[41], que hay que atraparlos y castigarlos implacablemente. O como lo expresó más recientemente otro de sus propulsores, "los tribunales deben consolidar el régimen soviético y reforzar la disciplina soviética"[42].

Las instituciones procesales del derecho soviético son análogas y en muchos aspectos idénticas a las del derecho romano occidental. Ellas demuestran la continuidad de muchas soluciones, y aun la persistencia en fórmulas cuya crisis es evidente en el derecho occidental y que las democracias no han podido o sabido aún superar. La diferencia consiste en la insólita extensión de los poderes del juez soviético, característica común en todos los procesos revolucionarios[43].

13. El proceso romano y sus grandes ramificaciones.

Las dos grandes manifestaciones históricas del derecho procesal de lo que denominamos civilización occidental, fueron, respectivamente, el derecho procesal romano y el derecho procesal germánico.

De la fusión de esos dos grandes estilos han surgido múltiples formas, con las cuales la civilización occidental ha ido forjando en el tiempo sus instituciones procesales.

El derecho romano mantuvo su primacía no sólo en el territorio romano propiamente dicho, sino también en todas las tierras conquistadas por Roma. El desarrollo va desde los orígenes hasta el siglo v o vi aproximadamente, rigiendo ya en este período la última etapa del derecho procesal romano registrado en las compilaciones justinianeas.

[41] Lenín, *op. cit.*, t. 2, p. 651, trad. esp.: ref. Vishinski, *op. cit.*, p. 45.

[42] Vishinski, *op. cit.*, p. 49.

[43] El art. 5 del Código de Procedimiento Civil soviético dice: "El Tribunal está obligado a tratar por todos los medios de dilucidar los derechos verdaderos y relaciones mutuas entre los litigantes, a cuyo fin, no limitándose a las explicaciones y datos presentados, coadyuvará al esclarecimiento de las circunstancias relacionadas con la resolución del asunto...".

Contemporáneamente, el proceso germánico tiene su vigencia en los pueblos del norte de Europa, no alcanzados por la conquista romana. Con caracteres enteramente diferentes al proceso de tipo romano, el proceso germánico satisfizo las necesidades espirituales y materiales de los pueblos nórdicos.

El choque entre esas dos formas de concepción del proceso se va a producir reiteradamente en la historia.

En un primer instante, el contacto entre esas dos formas se opera cuando las invasiones de los pueblos germánicos hacia el sur, hacen que éstos implanten por doquier sus instituciones, en todas las regiones abarcadas hasta entonces por el derecho romano. En determinado momento, los pueblos germánicos ocupan desde Danzig hasta Sicilia y desde Londres hasta Viena[44].

Consecuencia de este primer choque fue una verdadera lucha entre los dos sistemas procesales. El derecho romano logró subsistir, sin embargo, resistiendo, luchando y aun chocando con el derecho germánico. Desde el primer contacto, que se produjo en el siglo VI, surge una forma de combinación de ambos sistemas procesales, llamada a proyectarse con gran significación en el futuro[45].

Pero mientras las instituciones romanas luchan con las instituciones germánicas, los pueblos conquistados primero por las fuerzas romanas y luego por las tribus nórdicas, van forjando su derecho local y popular. Es el caso de Inglaterra, de Francia y de la península ibérica. En todas estas tierras ocupadas sucesivamente por

[44] MILLAR, Prefacio al volumen *A history of Continental Civil Procedure*, editado por la "Association of American Law Schools", de la serie *The Continental Legal History Series*, Boston, 1927, p. IX.

[45] Los documentos fundamentales, dentro de la literatura que nos es familiar, para el conocimiento de este fenómeno, son los estudios de CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo del processo civile* y *L'idea romana nel processo civile moderno*, ambos incluídos en el volumen de *Ensayos*, trad. esp., t. 1, ps. 301 y 351. A su respecto nos remitimos también a cuanto hemos expuesto en *Estudios*, t. 1, p. 291.

uno y por otro pueblo, se va produciendo y elaborando un derecho local, de tipo popular, cuyas normas adquieren la denominación de Charters, Coutumes, o Cartas y Fueros. Se ha llamado a esta etapa, edad diplomática, porque el derecho se produce en diplomas o textos locales e individuales con carácter particular.

El segundo choque entre las fórmulas romanas y germánicas del proceso, habría de producirse hacia el fin de la Edad Media, cuando los países de formación originariamente romana, especialmente Galia, España e Italia, se fueron reintegrando a sus primitivos sistemas, alejándose del sistema germánico o de los sistemas de carácter local.

La Iglesia fue, en cierto modo, el elemento de promoción de este regreso al sistema romano, a través de las instituciones de derecho canónico[46].

El derecho procesal de Occidente, merced a la influencia del derecho canónico, habría de tener al mismo tiempo su primitivo derecho romano, sus costumbres y la influencia del derecho germánico. España y Portugal tuvieron, simultáneamente, en sus instituciones posteriores a la Edad Media, resabios del primitivo derecho romano, del derecho germánico, del derecho árabe y del derecho eclesiástico.

Se acostumbra llamar derecho común o intermedio a estas formas mixtas logradas con procesos legislativos de diferente origen, que vienen a terminar en una fórmula común en todos los países de la civilización occidental, preferentemente aquellos de origen latino.

De esos contactos surge una serie de sistemas jurídicos nacionales, que podemos dividir en cinco grupos:

a) Sistema hispano-americano; abarca el derecho español y el de los países conquistados por España que mantienen la lengua castellana y las fórmulas originales del derecho hispánico. Su primer gran texto es el Fuero Juzgo, el documento por antonomasia del Estado Visi-

[46] MILLAR, en *A history of Continental Civil Procedure*, cit., p. XLI.

gótico[47]. A partir del siglo XIII, como una reacción contra el derecho foral y una reinstalación del derecho romano, rigen las VII Partidas, de las cuales la III contiene las disposiciones de procedimiento civil. El régimen de textos posteriores fue el Ordenamiento de Alcalá (1348), el Ordenamiento Real (1485), las Ordenanzas de Medina (1498), las Ordenanzas de Madrid (1502), y las Leyes de Toro (1503). Producida la conquista de América, el derecho indiano estuvo constituído por las Recopilaciones y las Leyes de Indias[48]. La primera disposición orgánica del Río de la Plata fue la Real Cédula de Aranjuez, de 30 de enero de 1794[49].

b) Sistema luso-brasileño; abarca el derecho de Portugal y del Brasil, mereciendo este último, en los últimos años, muy especial consideración en el plano legislativo y doctrinario.

c) Sistema francés e italiano; instituído originariamente sobre la Ordonnance de Moulins, el derecho francés se consolidó definitivamente en la legislación procesal napoleónica; el texto del Code de Procédure inspiró diversas legislaciones, entre las cuales el Código belga de 1876 y el italiano de 1865; en América, rige en Haití.

d) Sistema anglo-americano; tiene, según es notorio, como punto de partida el derecho romano, tal como era aplicado por los tribunales ingleses; proyectado luego a los Estados Unidos, adquiere allí múltiples formas, sin perjuicio de mantener cierta unidad esencial.

e) Sistema austro-alemán; el derecho germánico

[47] Cfr. sobre este tema, en especial, HINOJOSA, *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid, 1925; MAYER, *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, Madrid, 1925-1926. Asimismo, TORRES, *El Estado Visigótico*, en "Anuario del Derecho Español", t. 3, p. 307.

[48] PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal*, Madrid, 1952, t. I, p. 184.

[49] Véase además, OTS CAPDEQUI, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho indiano propiamente dicho*, Buenos Aires, 1945, p. 80; MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia*, Buenos Aires, 1944; y con relación al Uruguay, FERRES, *Época Colonial, La Administración de Justicia en Montevideo*, Montevideo, 1944.

primitivo recibió, al promediar el siglo XIV, la adopción del derecho romano; fue a partir de entonces, un derecho mixto de germanismo y romanismo; la legislación austríaca de fines del siglo XIX adquirió especial significación e influyó poderosamente en la formulación positiva del derecho alemán posterior. En este grupo sería menester incluír, asimismo, no obstante sus contactos con los sistemas francés e inglés, el derecho de los países escandinavos, y en cierta medida el holandés. Éste rige también en África del Sur[50].

14. Visión general del derecho procesal civil americano.

Una mirada general a este Continente, de norte a sur, muestra el siguiente panorama, en lo que atañe al derecho procesal civil.

El derecho procesal del *common law* inglés rige en Canadá, donde la adopción del derecho francés en ciertas provincias como Quebec, no ha alcanzado al derecho procesal. Rige también en los Estados Unidos, con las excepciones de California, que tiene un Código de Procedimiento Civil de origen español, y de Luisiana, donde se aplica el ya citado *Code of Practice* de origen hispano-francés, hoy en instancia de revisión. Las *Federal Rules of Civil Procedure*, de 29 de diciembre de 1948, y el *United States Code Judiciary and Judicial Procedure*, con sus enmiendas al 1 de enero de 1950, constituyen un derecho específico de los Estados Unidos, y si alguna influencia aparece en ellos, es de origen inglés, incluso manteniendo instituciones como el jurado en materia civil[51].

[50] Para una amplia información sobre las particularidades del derecho procesal de estos sistemas y sus principales textos y documentos, nos remitimos a cuanto hemos expuesto en el mencionado estudio *Concepto, sistemas y tendencias*..., cit.

[51] Cfr. DOBIE-LADD-FORRESTER, *Cases and materials*... cit., esp. p. 5, donde se citan las fuentes de información bibliográfica del derecho judicial de los Estados Unidos en los últimos tiempos.

En México y Centroamérica rigen códigos de origen español con ciertas excepciones: Haití, con un código francés[52]; Santo Domingo, con un código que obedece al mismo tiempo a influencia francesa y reformas posteriores que se alejan de ella[53]; Puerto Rico, donde el derecho procesal civil se rige por una traducción y adaptación casi literal de las Reglas de Procedimientos federales de los Estados Unidos[54]; las posesiones inglesas, francesas y holandesas, que tienen los derechos coloniales de sus respectivos países.

El derecho brasileño[55] es de origen portugués; pero la reforma brasileña de 1939 siguió un camino distinto de la casi contemporánea reforma procesal de Portugal.

El derecho procesal de los demás países de América es de origen español[56]. Algunas redacciones son anteriores a la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855:

[52] *Code de Procédure Civile*, promulgado el 18 de julio de 1834, en vigor desde el 1 de febrero de 1836, derogado el 22 de mayo de 1843 y vuelto a poner en vigor el 4 de agosto de 1845.

[53] *Código de Procedimiento Civil*, de 3 de julio de 1882; reformas de 24 de mayo de 1934; 21 de junio de 1935; 30 de mayo de 1940; cfr. TAVARES, *Oralidad del proceso en la República Dominicana*, en "Rev. D. P.", 1944, I, p. 106.

[54] *Reglas de Enjuiciamiento Civil para las Cortes de Puerto Rico*, ley 5 de abril de 1941.

[55] *Código do processo*, de 17 de diciembre de 1939.

[56] Los códigos latinoamericanos son los que a continuación se mencionan: Argentina, régimen federal, *ley 50*, de 14 de setiembre de 1863, y diversos códigos en las diferentes provincias y Capital Federal; Bolivia, *Compilación de Leyes de Procedimiento Civil*, de 16 de julio de 1878; Chile, *Código de Procedimiento Civil*, de 28 de agosto de 1802; Colombia, *Código Judicial*, de 30 de setiembre de 1931; Costa Rica, *Código de Procedimientos Civiles*, de 25 de enero de 1933; Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, en vigor desde 10 de abril de 1938; El Salvador, *Código de Procedimiento Civil*, de 17 de enero de 1902; Guatemala, *Código de Procedimientos*, de 8 de marzo de 1877; Honduras, *Código de Procedimientos* (abarca civiles y penales), de 8 de febrero de 1906; México, régimen federal con diversos códigos para los distintos Estados, rigiendo el sistema federal el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, de 31 de diciembre de 1942; Nicaragua, *Código de Procedimiento Civil*, de 7 de noviembre de 1905; Panamá, *Código Judicial*, en vigor desde el 1 de julio de 1917; Paraguay, *Código de Procedimientos en materia comercial, civil y penal*, de 21 de noviembre de 1883; Perú, *Código de Procedimientos Civiles*, de 15 de diciembre de 1911; Uruguay, *Código de Procedimiento Civil*, de 17 de enero de 1878; Venezuela, *Código de Procedimiento Civil*, de 4 de julio de 1916.

en ese caso la influencia se debe a la legislación de Partidas y de Indias. Los códigos posteriores, aun aquellos que como el de Panamá tienen una redacción que se ha apartado visiblemente del texto de 1855, reconocen sin embargo la influencia hispánica. En algunos códigos la influencia corresponde a la revisión de la Ley española de Enjuiciamiento de 1881.

En este conjunto aparecen vocablos de origen árabe, como alcalde, almoneda, alguacil; instituciones de origen germánico, como el juramento decisorio; de origen francés, como la teoría del documento; de origen italiano, como la jactancia; de origen romano-canónico, como la prueba de posiciones; de origen inglés, como las referencias que en materia civil, p. ej. en el Código uruguayo, art. 158, se hacen al *habeas corpus*; de origen portugués, como ciertas formas de arbitraje; de origen alemán, como el procedimiento edictal en la posesión inmobiliaria; de derecho común europeo, como el juicio ejecutivo. Todo esto, sobre un tejido de derecho español que, como se verá más adelante, no es sino la reproducción casi literal del *stylus curiae* romano-canónico del siglo XIII.

PARTE PRIMERA

CONSTITUCIÓN DEL PROCESO

Cap. I. *La jurisdicción.*

Cap. II. *La acción.*

Cap. III. *La excepción.*

Cap. IV. *El proceso.*

Capítulo I

LA JURISDICCIÓN*

§ 1. CONCEPTOS PRELIMINARES

15. Distintas acepciones del vocablo.

La palabra "jurisdicción" aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados. Muchas de las dificultades que la doctrina no ha podido aún superar, provienen de esta circunstancia.

En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

16. La jurisdicción como ámbito territorial.

La primera de las acepciones mencionadas es la que dice relación con un ámbito territorial determinado.

* BIBLIOGRAFÍA: Briseño Serra, *Consideraciones acerca de la jurisdicción*, en "Revista de la Fac. de Derecho de la Universidad de México", 1952, nº 2, p. 9; Corsini, *La giurisdizione*, Milano, 1936; Du Ponceau, *A dissertation on the nature and extention of the jurisdiction of the Courts on the United States*, Filadelfia, 1829; Lascano, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941; Lampue, *La notion de l'acte juridictionnel*, en "Revue de Droit Public", 1946, t. 62, p. 5; Roger Foster, *Jurisdiction*, en *Encyclopaedia of Social Sciences*, New York, 1950, t. 8, p. 471; Villalón Igartúa, *El concepto de jurisdicción*, México, 1950.

Se dice, por ejemplo, que las diligencias que deban realizarse en diversa *jurisdicción*, se harán por otro juez[1]. En el lenguaje diario se dice que tal hecho ocurrió en *jurisdicción* de tal Sección, Circunscripción o Departamento.

Por extensión, esta idea de la jurisdicción como ámbito territorial se prolonga hacia los cauces fluviales o marítimos que bordean el territorio de un país. Se habla, entonces, de aguas *jurisdiccionales* y se dice, p. ej., que "la *jurisdicción* del Uruguay y la Argentina sobre el Plata, se fundamenta en antecedentes históricos..., etc."[2].

Pero esta primera acepción del vocablo no corresponde al significado que se examina con detenimiento en este capítulo, aunque en algún texto legal se haya consignado especialmente este sentido[3].

17. LA JURISDICCIÓN COMO COMPETENCIA.

Hasta el siglo XIX los conceptos de jurisdicción y competencia aparecen como sinónimos. Indistintamente se alude a la falta de jurisdicción como falta de competencia en sentido material[4], o en sentido territorial[5], o aun para referirse a la función[6]. Pleonásticamente se llega a hablar de *incompetencia de jurisdicción*[7].

En el siglo XX, por regla general, se ha superado

[1] Uruguay, art. 72, habla de "territorio jurisdiccional".

[2] SERRATO, *Jurisdicción sobre el Río de la Plata*, Montevideo, 1954, p. 15.

[3] Luisiana, *Code of Practice*, art. 76: "Jurisdicción significa el poder de los que tienen el derecho de juzgar; a veces esta palabra significa el espacio o extensión de territorio en el cual el juez está facultado para ejercer su poder".

[4] Nicaragua, art. 253, habla de jurisdicción por materia, cantidad y jerarquía del Tribunal.

[5] Uruguay, art. 21: "Puede prorrogarse *la jurisdicción* de los jueces de persona a persona, sometiéndose al juez de otro domicilio".

[6] Uruguay, art. 655: "La apelación produce el efecto de suspender *la jurisdicción* del juez inferior"; Colombia, art. 147.

[7] Uruguay, art. 246, inc. 1º; Argentina (Cap. Federal), 84; Paraguay, 85; Nicaragua, 821; Panamá, 216 y 241. Hablan de declinatoria de jurisdicción: Venezuela, 248; Colombia, 330; Guatemala, 326.

este equívoco; pero quedan abundantes residuos en la legislación[8] y en el lenguaje forense.

La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia[9]. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuído a un juez.

La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional[10]. En todo aquello que no le ha sido atribuído, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente.

18. La jurisdicción como poder.

En algunos textos legales se utiliza el vocablo *jurisdicción* para referirse a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos, especialmente los del Poder Judicial[11]. Se alude a la investidura, a la jerarquía, más que a la función.

La noción de jurisdicción como poder es insuficiente

[8] Uruguay, C. O. T., arts. 9 y 17; un texto de 1933 utiliza todavía el vocablo para referirse a la competencia *ratione materiae*.

[9] Sin embargo, el art. 216 del Código de Panamá dice: "Carece de jurisdicción en un asunto, el juez que carece de competencia para conocer en él".

[10] La serie completa de los equívocos, malentendidos y problemas meramente verbales derivados de la confusión de jurisdicción con competencia, se puede ver en el reciente libro de Pera Verdaguer, *Jurisdicción y competencia*, Barcelona, 1953, con la enumeración completa del maximario de la jurisprudencia española, que el autor trascribe literalmente sin rectificar los conceptos.

[11] Uruguay, C. O. T., art. 6; Bolivia, 10; Guatemala, 1; Luisiana, *Code of Practice*, 76; Panamá, 216; definen la jurisdicción y la función de los jueces como el poder o la facultad de juzgar.

porque la jurisdicción es un poder-deber. Junto a la *facultad* de juzgar, el juez tiene el *deber* administrativo de hacerlo. El concepto de poder debe ser sustituído por el concepto de función.

19. LA JURISDICCIÓN COMO FUNCIÓN.

En una primera aproximación al concepto de función jurisdiccional debemos reconocer que existe una cierta sinonimia entre función judicial y función jurisdiccional. No toda la función propia del Poder Judicial es función jurisdiccional. No lo es, por ejemplo, la llamada jurisdicción voluntaria[12]. Tampoco toda función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial. Existen, como se verá, funciones jurisdiccionales a cargo de otros órganos que no son el Poder Judicial. Sin embargo, en términos generales, normalmente, la función jurisdiccional coincide con la función judicial.

Pero aunque la coincidencia fuera absoluta, el concepto de función jurisdiccional no quedaría fijado con sólo referirse al Poder Judicial. Sería necesario, todavía, determinar su esencia y naturaleza: cuál es *el ser* de esta función, de tan grande significado en el conjunto de atributos y deberes del Estado.

En cierto modo, esta dificultad es una consecuencia de la teoría de la división de poderes. Es fácil, luego de expuesta esa teoría, concebir teóricamente a un Congreso legislando, a un Poder Ejecutivo administrando y a un Poder Judicial decidiendo controversias. Lo difícil es decidir qué hace un Congreso cuando procede al desafuero de uno de sus miembros, el Poder Ejecutivo cuando dirime una controversia, o el Poder Judicial cuando designa a uno de sus funcionarios.

Las interferencias entre legislación y jurisdicción son, relativamente, de menor importancia que las deri-

[12] *Infra*, nº 29.

vadas de los contactos entre jurisdicción y administración. Las primeras ponen a prueba la teoría del acto legislativo; así, por ejemplo, las resoluciones de la jurisdicción del trabajo que tienen carácter general y obligan a todos los integrantes de un gremio, presentes y futuros. Lo mismo ocurre con los llamados fallos plenarios que, en la Constitución argentina de 1949, tenían el carácter de normas de validez general.

Pero los choques entre administración y jurisdicción, ponen a prueba todo el sistema de relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Si un acto del Poder Ejecutivo fuera declarado jurisdiccional, los ciudadanos quedarían privados de la garantía de su revisión por los jueces, que en último término es la máxima garantía que el orden jurídico brinda a los individuos frente al poder. No hay revisión jurisdiccional de actos jurisdiccionales ejecutoriados. Sólo hay, y necesariamente debe haber, revisión jurisdiccional de actos administrativos.

Este punto se plantea en casi todos los regímenes del mundo occidental. En cierto modo, el planteamiento y solución favorable del problema constituye la última barrera en la lucha por la democracia, contra las dictaduras.

La configuración técnica del acto jurisdiccional no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos.

La doctrina europea ha encarado este tema desde distintos puntos de vista dogmáticos, en tanto que en los Estados Unidos la atención ha sido fijada en el plano político[18].

Seguiremos en este capítulo a ambas tendencias.

[18] Este punto se ha denominado en los Estados Unidos, "la doctrina americana de la supremacía judicial". Para un examen de sus fundamentos, HAINES, *The American doctrine of judicial supremacy*, 2ª ed., California, 1932. El relato, a veces dramático, de la lucha de la Suprema Corte por la implantación y consolidación de esta teoría, ha sido hecho por JACKSON, *The struggle for*

20. ORIENTACIONES DE DOCTRINA.

La doctrina alemana no ha prestado a este tema particular atención, pues sus autores más representativos consideran que la jurisdicción integra la administración[14]. Para ella no hay distinción sino meramente formal y externa, entre la función administrativa y la función jurisdiccional.

La escuela francesa, en cambio, ha dado a este punto verdadera importancia. En la conclusión van incluídas cuestiones esenciales de la competencia del Consejo de Estado y la doctrina es abundante y altamente calificada[15].

La doctrina italiana ha dado al tema, también, particular importancia en el campo del derecho público. Pero salvo casos especiales de estudios particulares[16], el

---

judicial supremacy. A study of a crisis in American power politics, New York, 1941; debe señalarse en este libro el capítulo de la lucha del presidente Roosevelt contra la Suprema Corte, ps. 75 y ss. También, CORWIN, *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*, Princeton, 1938, y WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Boston, 1935

[14] Así, p. ej., ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 5ª ed., Munich-Berlín, 1951, sostiene que "la jurisdicción constituye una parte de la administración que debe distinguirse de la legislación" (p. 32). Y agrega: "La delimitación usual entre justicia y administración consiste en que las autoridades administrativas persiguen el interés estatal exclusivamente; dependen del gobierno actual y deben seguir sus instrucciones, mientras que los tribunales, como protectores del orden jurídico y de la justicia objetiva, deben abstenerse de la influencia del actual detentador del poder y de sus concepciones" (*op. cit.*, p. 33). En términos análogos: DE BOOR, *Zivilprozessrecht*, Weisbaden. 1951, ps. 3 y ss. También STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17ª ed., Tubingen, a partir de 1949, lib. I, sec. I, para quienes "la administracion de justicia sólo constituye una rama de la administración estatal general". Asimismo KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. esp., México, 1950, p. 289.

[15] Véase, especialmente, como exposición completa del tema en la doctrina anterior, LAMPUE, *La notion de l'acte juridictionnel*, en "Revue de Droit Public", t. 62, p. 5. Un resumen de este trabajo ha sido hecho por BRISEÑO SERRA, *Consideraciones acerca de la jurisdicción*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México", 1952, nº 5, ps. 9 y ss. También GUILLEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Toulouse, 1931.

[16] Así, CALAMANDREI, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, en *Estudios*, t. 1, p. 19.

tema no ha sido profundizado por los autores de derecho procesal. Un estudio, ya clásico, constituye, sin embargo, una notable excepción[17].

Los autores latinoamericanos son en este campo, normalmente, tributarios de los franceses e italianos[18].

Como se ha dicho, no se halla en los escritores ingleses y norteamericanos especial consideración para este punto, en el terreno doctrinario. La bibliografía que se cita en la página inicial de este capítulo, estudia más los problemas de la competencia que los de la jurisdicción. Su literatura política ya citada es, en cambio, excelente.

21. Planteamiento del tema.

El presente capítulo, que no se hallaba en anteriores ediciones de este libro, es el resultado de una prolongada tentativa, culminada en un trabajo reciente[19], de establecer un concepto de jurisdicción que supere las dificultades más comunes.

Para ello consideramos, luego de la experiencia adquirida, que la mejor forma de enfrentar el tema consiste en distinguir los tres elementos propios del acto jurisdiccional: la forma, el contenido y la función.

Por *forma*, o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

Por *contenido* se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica,

[17] Mortara, *Commento al Codice e alle leggi di procedura civile*, 5 tomos, 3ª ed., Milano, 1905, t. 1, cap. 1. Para la doctrina contemporánea y como revisión. Corsini, *La giurisdizione*, Milano, 1936.

[18] Así, Lascano, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941; Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso*, en "Rev. D. P.", t. 2, I, p. 147. En el Uruguay ha desenvuelto este tema distinguiendo también entre forma, sustancia y función, Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideó, 1953, t. I, p. 47.

[19] *El concepto de jurisdicción laboral*, publ. en *Estudios en memoria de Alejandro Unsain*, Buenos Aires, 1954, y en "Rev. D. J. A.", t. 51, p. 49

que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada.

Por *función* se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

§ 2. ELEMENTOS DEL ACTO JURISDICCIONAL

22. FORMA DE LA JURISDICCIÓN.

La jurisdicción tiene, como se acaba de expresar, algunos elementos formales, de carácter externo, que permiten indicar su presencia.

Las partes son, normalmente, un actor y un demandado. Eventualmente los terceros pueden o deben asumir la condición de partes en los casos previstos en la ley.

Los jueces son, normalmente, los jueces del Estado. En ciertos países los órganos de la jurisdicción eclesiástica subrogan o sustituyen a los órganos del Estado en algunas relaciones de familia.

Existen también jurisdicciones domésticas, como la jurisdicción deportiva[20], o la jurisdicción asociacional, que regula la disciplina interna de las asociaciones civiles[21]. Pero esas actividades que en algunos casos pueden ser también verdaderos subrogados de la jurisdicción, no son jurisdicción en sentido estricto.

También es elemento formal el procedimiento. La

[20] Cfr. nuestro estudio *Delitos y faltas durante el deporte*, en "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 248, donde hemos tratado de trazar los límites de la llamada jurisdicción deportiva. También sobre este tema, FURNO, *Note critiche in tema di giocchi, scommesse e arbitragi sportivi*, en *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1950, y CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, en "Riv. D. P. C.", 1953, I, p. 20.

[21] Véase PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, Buenos Aires, 1940; también CLARET MARTÍ, *Las asociaciones*, Barcelona, 1941.

jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se denomina procedimiento. A su estudio se halla dedicado este libro. La presencia externa de este procedimiento, en forma de proceso, normalmente revela la existencia del acto jurisdiccional, pero no es forzoso que sea así.

Algunas corrientes de doctrina, en la imposibilidad de configurar la función jurisdiccional por elementos sustanciales, se han atenido a sus elementos de forma[22].

Su error se advierte no bien se observa que existen procedimientos que tienen todas las características formales de la jurisdicción y que, por carecer del contenido de ésta, no pueden ser calificados como actos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, el proceso simulado, que es una pura forma, sin contenido ni función lícitos propios. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen ciertos elementos formales de la jurisdicción pero, en virtud de no adquirir autoridad de cosa juzgada, pertenecen a la función administrativa[23]. El juicio arbitral necesario tiene forma de proceso y órgano idóneo indicado por la ley, pero no tiene naturaleza jurisdiccional en razón de carecer los árbitros del *imperium*, que es uno de los atributos de la jurisdicción[24].

En sentido contrario, existen actos jurisdiccionales sin forma de tales, como acontece con el juicio en rebeldía, en el cual no existe propiamente controversia en sentido formal, y en el divorcio por voluntad de la mujer,

[22] Así, MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 105, quien define la jurisdicción como "la solución de una cuestión de derecho que entra esencialmente en la visión del juez que la caracteriza", sin dar la explicación de ningún otro de sus elementos. Más rigurosa, en su carácter dogmático, es la concepción de CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, ps. 691 y ss., cuando dice: "El criterio de la jurisdicción no es el carácter material del acto, sino su acto jurisdiccional es, por una parte, su origen, en tanto que es la obra de una autoridad organizada especialmente para el ejercicio de la jurisdicción, y por otra parte su procedimiento, en tanto que es cumplido según las reglas de la función que consiste en juzgar".

[23] *Infra*, nº 29.

[24] Hemos examinado este instituto en el estudio *L'arbitrato nel diritto uruguaiano*, publ. en "Jus", Milano, 1954, p. 539.

en el cual la ley quita al marido toda forma de ingerencia, y que tienen, sin embargo, autoridad de cosa juzgada.

La forma, pues, caracteriza normalmente a la jurisdicción; pero no es su único elemento integrante. Solamente cuando a las formas jurisdiccionales se unen los otros atributos de esta función, puede hacerse de ella una calificación correcta.

23. CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN.

Por contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es lo que en doctrina se denomina el carácter material del acto.

La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada.

También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena, siempre eventualmente ejecutables.

No han faltado escritores que, habiendo partido de nociones puramente formales, han debido luego evolucionar hacia conceptos más complejos que traten de abarcar forma y contenido[25].

[25] Es el caso de DUGUIT a través de sucesivas exposiciones, en *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), ps. 416 y ss.; *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, en "Revue de Droit Public", 1906, ps. 446 y ss.; y *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., 1927-1928, ts. I y II. Análogamente, se notan modificaciones en el pensamiento de HAURIOU. Este escritor publicó veinte años antes de su muerte un estudio inconcluso: *Les éléments du contentieux*, en "Recueil de Législation de Toulouse", 1905, ps. 1 a 98, y 1907, ps. 149 a 191. Posteriormente rectificó sus propias ideas en numerosas notas publicadas en el "Recueil Sirey" formando parte de su famosa tarea de anotación de los fallos del Consejo de Estado. Estas ideas, modificativas de las anteriores, fueron resumidas luego en *Précis de droit administratif et de droit public*, 11ª ed.,

Otros han creído suficiente la determinación del contenido genérico de la función para caracterizar a ésta[26]. Pero en estos casos se advierte, también, la insuficiencia de ese tipo de delimitaciones. Los llamados actos de jurisdicción laboral legislativa y administrativa, son también verdaderos subrogados de la jurisdicción con su mismo contenido; pero no son jurisdicción, sino legislación y administración.

Pero este conjunto de circunstancias no puede hacer perder de vista que la delimitación del contenido de la jurisdicción es, sin duda, el elemento más importante para resolver las cuestiones prácticas que este problema propone. La jurisdicción es tal por su contenido y por su función, no por su forma. La forma es la envoltura. El contenido caracteriza la función[27].

Ese contenido ha sido delimitado, frecuentemente, como la reparación del derecho lesionado, la tutela del

París, 1927, y en *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., París, 1929. Y se nota, por último, evolución en el pensamiento de JÈZE, a través de sus diversas exposiciones del tema en *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, en "Revue de Droit Public", 1909, ps. 667 y ss.; *La tierce opposition et le recours pour excès de pouvoir*, en "Revue de Droit Public", 1913, p. 331, y finalmente en *Principes généraux du droit administratif*, ps. 48 y ss., y 226 y ss.

[26] Así, GUILLEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, cit., p. 59, para quien "habrá acto jurisdiccional cuando se deba resolver una cuestión de violación de ley". También en este sentido JELLINEK, *Teoría general del Estado*, trad. esp., p. 497, para quien "la jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable, o las situaciones de intereses jurídicos". Por su parte, VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public*, p. 49, define la jurisdicción diciendo: "Hay jurisdicción todas las veces que el agente público interviene para dirimir una cuestión de derecho, para pronunciarse sobre una pretensión de orden jurídico, haciendo una comprobación relativa a la legitimidad de un acto o de una situación preexistente". Por las mismas razones es insuficiente la definición de BONNARD, *La conception materielle de la fonction juridictionnelle*, publ. en "Mélanges Carré de Malberg", ps. 3 y ss., y en *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, ps. 19 y ss. y 78 y ss., cuando dice: "El acto jurisdiccional se caracteriza por otros elementos que se encuentran en su estructura interna, es decir, aquellos provocados por una contestación relativa a un derecho subjetivo".

[27] Así, CALAMANDREI, *Instituciones*, p. 104.

derecho subjetivo, la restitución de los bienes despojados, etc. Pero esta corriente de doctrina, en la que se hallan casi todos los representantes de la escuela francesa, aun los más prestigiosos[28], y no pocos de la escuela alemana[29], no ha reparado que la jurisdicción no sólo expide sentencias de condena, que son las que, efectivamente, reparan los derechos lesionados, tutelan el derecho subjetivo, etc. También dicta sentencias absolutorias, que se limitan a relevar al demandado de las imputaciones formuladas en la demanda; dictan sentencias de mera declaración, en las que no hay derechos conculcados ni violados; sentencias constitutivas que crean estados jurídicos nuevos, inexistentes antes de su emisión, que no contienen ninguna condena; decisiones en cuestiones de estado civil; declaraciones de incapacidad; sentencias estimativas que se limitan a determinar el *quantum* de una prestación; sentencias de disolución de la sociedad conyugal a pedido de cualquiera de los esposos; etc.

También se ha señalado como contenido de la jurisdicción, su carácter sustitutivo[30].

Esa sustitución se produce de dos maneras: en el proceso de conocimiento, el juez sustituye con su voluntad, la voluntad de las partes y de los terceros; y en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del Estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de

[28] P. ej., DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., t. 2, p. 428.

[29] P. ej., KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 287.

[30] Así, p. ej., CHIOVENDA, *Instituciones*, t. 2, ps. 10 y ss., para quien "la jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva". Asimismo, LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, p. 26; PODETTI, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso*, cit., p. 126; nosotros mismos en alguna oportunidad, nos hemos adherido a esta tesis sin expresar debidamente el alcance de nuestra adhesión. Así, en *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, p. 249.

los cuales fue omiso, tales como la venta de bienes para percibir el precio, el lanzamiento, la demolición de las obras indebidamente realizadas, etc.

Pero el concepto, correcto en la mayoría de los casos, en especial en las sentencias de condena, no caracteriza a la función jurisdiccional en los otros casos en los cuales no hay tal sustitución: la sentencia penal, la sentencia de divorcio, la mayoría de las sentencias inherentes al estado civil, no son sustitutivas de la actitud omisa de las partes.

24. Función de la jurisdicción.

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción.

Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento.

Pero la cosa juzgada y su eventual coercibilidad, son inherentes a la jurisdicción. El carácter de irrevisibilidad que da a las decisiones judiciales la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros modos de actuación del poder público. Una Constitución puede ser sustituída por otra Constitución; una ley puede ser derogada por otra ley; un acto administrativo puede ser revocado por otro acto administrativo; un acto jurídico privado puede ser modificado y reemplazado por otro acto jurídico; pero una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser sustituída, derogada, ni revocada por otra sentencia.

Considerando este problema en sentido teleológico, la observación de que la cosa juzgada es un fin de la jurisdicción, resulta limitativa de los propios fines del Estado. Esto es así, porque la cosa juzgada por sí misma no se justifica; su singular energía vale como medio y no como fin.

El fin no es, por supuesto, la inmutabilidad. Lo es la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, *los valores* a los cuales el derecho accede y sirve.

La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a *los valores* que son, ésos sí, los que merecen la tutela del Estado.

§ 3. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

25. DEFINICIÓN DE LA JURISDICCIÓN.

Tomando de las ideas precedentemente expuestas los elementos inherentes a la forma, contenido y función del acto jurisdiccional, sería posible definir la jurisdicción en los siguientes términos: *función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.*

26. ALCANCE DE LA DEFINICIÓN.

La jurisdicción, ante todo, es una función. Las definiciones que la conciben como una potestad[31], sólo seña-

[31] Así, p. ej., la definición del art. 9, C. O. T., según la cual "es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecu-

lan uno de los aspectos de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público.

Esa función se realiza mediante órganos competentes. El orden jurídico que regula la organización estatal, crea los órganos adecuados para el ejercicio de cada una de las funciones públicas.

Normalmente los órganos de la jurisdicción son los del Poder Judicial; pero esta circunstancia no excluye que funciones jurisdiccionales puedan ser asignadas a otros órganos[32].

La función se realiza, en el Estado democrático, por institución del orden jurídico. La justicia no se emite en nombre del rey, ni del presidente de la República, ni del pueblo. Se emite en nombre de la Nación organizada como tal.

La idoneidad de los órganos supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano. Esa idoneidad exige, ante todo, la imparcialidad. El juez designado *ex post facto*, el *judex inhabilis* y el *judex suspectus* no son jueces idóneos.

Una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez inidóneo. Los ciudadanos no tienen un derecho adquirido a la sabidu-

---

tar lo juzgado en una materia determinada". También Ecuador, art. 1. Esta fórmula se halla inspirada en el art. 1 de la ley chilena de 1875. El proceso de este texto puede verse en BALLESTEROS, *Lei de Organización i atribuciones de los Tribunales de Chile*, t. 1, p. 11. También ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 540, define la jurisdicción como "la potestad conferida por el Estado (*rectius*: por el orden jurídico) a sus órganos, para resolver mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones". Asimismo, para PODETTI, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso*, cit., p. 124, la jurisdicción es "el poder público que una rama del gobierno ejercita..."; pero a pesar del vocablo usado en la definición, este autor aclara que se trata de un poder-deber, en el lenguaje de CARNELUTTI, *Sistema*, cap. 3, pár. 28.

[32] Cfr. sobre este punto, ROCCO, *Función jurisdiccional de la autoridad administrativa en materia de trabajo*, La Plata, 1952.

ría del juez; pero tienen un derecho adquirido a la independencia, a la autoridad y a la responsabilidad del juez.

La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.

Como se expone reiteradamente en este libro, no todo debate es un proceso en el sentido que aquí se estudia. No lo es ni el debate parlamentario, ni la tramitación administrativa. El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho.

La idea de un debido proceso se halla de tal modo adscrita al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como se ha dicho[33], de concebir como términos idénticos, jurisdicción y proceso.

La función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho. La obra de los jueces es, en el despliegue jerárquico de preceptos jurídicos, en el ordenamiento normativo, un grado avanzado de la obra de la ley.

Los preceptos legales serían ilusorios si no se hicieran efectivos, en caso de desconocimiento o violación, en las sentencias de los jueces. Esto no significa asignar a la jurisdicción un carácter necesariamente declarativo, como erróneamente lo sostienen muchos. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.

El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir

[33] SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2ª ed., Milano, 1947, p. 306.

conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. Por *controversias* se entienden todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado.

No toda la función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto. Hay intervenciones jurisdiccionales necesarias. Puede no existir, por ejemplo, pretensión resistida o insatisfecha en materia de divorcio. Pero el divorcio no puede lograrse por autotutela ni autocomposición. La jurisdicción penal no siempre es jurisdicción de pretensiones resistidas o insatisfechas. Es jurisdicción tuitiva, necesaria, determinada por la ley.

El objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa. Los actos administrativos irrevisibles para la administración pueden ser siempre revisados en la verificación jurisdiccional de los actos de ella.

La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional.

Esa cosa juzgada es susceptible de ejecución en el caso de que imponga una condena. El triunfador no está *obligado* a ejecutar la sentencia de condena; pero debe estar *facultado* para hacerlo cuando desee. Sin esa facultad la jurisdicción se frustra.

La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica[34]. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin.

[34] WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, t. I, p. 309, fiel a su idea reiteradamente sostenida de que "toda formación jurídica es teleológica; es una creación para un fin determinado", define la jurisdicción como "el poder estatal dirigido al mantenimiento del orden jurídico

El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituído en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no sólo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria.

§ 4. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, VOLUNTARIA Y DISCIPLINARIA

27. EXTENSIONES DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.

En el lenguaje forense, aun en ciertas leyes[35], se hace una aplicación extensiva del concepto de jurisdicción.

Se habla, entonces, de jurisdicción contenciosa, voluntaria y disciplinaria, tal como si fueran tres formas o manifestaciones de una misma función.

Corresponde fijar el alcance de cada uno de estos conceptos.

28. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

Se denomina habitualmente jurisdicción contenciosa a la jurisdicción propiamente dicha.

La palabra *contenciosa* deriva, en nuestro derecho, del art. 1, C.P.C.[36], según el cual el juicio es la *contienda*

---

civil". "Separamos de ella la supremacía judicial, la administración de justicia, vale decir la ejecución efectiva del derecho, de la jurisdicción en su sentido más estrecho. . . el efectivo ejercicio de los derechos".

[35] Uruguay, C. O. T., arts. 2, 3 y 4.

[36] También Bolivia, art. 1; Ecuador, 63; Panamá, 283, dice: "Cuando hay o puede haber controversia, el juicio se llama también pleito o litigio".

legal sometida a la resolución de los jueces. Contienda es controversia, disputa, discusión.

Pero creemos haber demostrado en otra oportunidad[87], que existen juicios o procesos sin contienda, es decir, sin controversia.

La controversia es sólo uno de los elementos de la jurisdicción. Su ausencia no significa forzosamente que no exista función jurisdiccional. Por lo demás, los vocablos *jurisdicción contenciosa* se utilizan aun para referirse al juicio en rebeldía, donde la contienda es sólo potencial y no actual.

El vocablo *jurisdicción* corresponde a los que actualmente se denominan actos de jurisdicción contenciosa, los cuales son procesos jurisdiccionales en sentido estricto.

29. Jurisdicción voluntaria*.

Un texto antiguo, con más fortuna de la merecida[88], denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida.

Algunas definiciones legales[89] fijan este contenido,

[87] *El divorcio por voluntad de la mujer*, Montevideo, 1931, ps. 89 y ss.

* BIBLIOGRAFÍA: Alcalá Zamora y Castillo, *Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria*, en *Estudios en honor de Redenti*, Milán, 1951; en "Rev. D. P.", 1949, I, p. 4; en "Jus", México, 1948, p. 239; Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, en "Riv. T. D. P. C.", 1948, I, p. 499; Di Seregno, *Il processo senza lite*; Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; Jimeno Gamarra, *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, en "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1953, I, p. 3; Lagarmilla, *La jurisdicción voluntaria*, Montevideo, 1920; Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntaria*, São Paulo, 1952; Micheli, *Per una revisione della nozione di volontaria giurisdizione*, en "Riv. D. P.", 1947, I, p. 18; *Forma e sostanza della giurisdizione volontaria*, en la misma revista, 1947, I, p. 101, y *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, en *Studi in onore di Carnelutti*; Pavanini, *Limiti della giurisdizione italiana nei procedimenti di giurisdizione volontaria*, en "Riv. D. P.", 1949, I, p. 175.

[88] Marciano, *Digesto* 1, 16, 2.

[89] Ley española de Enjuiciamiento, art. 1811; Cuba, 1810; Panamá 1953.

pero añaden que son procedimientos de jurisdicción *voluntaria* aquellos en que "sea *necesaria* o se solicite la intervención del juez...". La contradicción entre la denominación y el contenido aparecía desde la propia definición de la ley.

Acontece, así, que en la actualidad, la denominada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción ni es voluntaria. Su índole no es jurisdiccional, por las razones que se darán inmediatamente; y no es voluntaria porque en muchos casos, la intervención de los jueces se halla impuesta por la ley bajo pena de sanciones pecuniarias, o privación del fin esperado.

Algunos códigos latinoamericanos, siguiendo el modelo español, han organizado en torno a un Título o Libro especial, diversos procedimientos de esta índole[40].

Pero cuando se estudia en esos códigos dicho capítulo, o el que abarca los distintos "procedimientos especiales", que en su mayoría son procedimientos de jurisdicción voluntaria, se halla un abigarrado conjunto de previsiones de la más diversa naturaleza.

Un estudio relativamente cuidadoso de estos textos, nos ha permitido hallar no menos de cincuenta procedimientos con fines distintos. El Código de Panamá tiene 46; el del Brasil, 28; el de Haití, 22. El que menos tiene llega a 10.

Por razón de método científico, es necesario hacer un esfuerzo de sistematización de todos estos procedimientos. Antes de determinar la índole y los elementos de la jurisdicción voluntaria, es necesario saber en qué consiste materialmente. Intentaremos, pues, por vía de ejemplo, una ordenación de algunas actuaciones de esta índole especialmente previstas en el derecho uruguayo.

a) *Medidas de publicidad.* Apertura y protocolización del testamento cerrado; inscripción tardía en el Registro del Estado Civil; rectificación de partidas del

[40] Así, Chile, art. 989; Guatemala, 1164 y ss.; Nicaragua, 553 y ss.; Perú, 1185.

Registro del Estado Civil; matrícula de comerciantes; inscripción en el Registro de Comercio; etc.

b) *Actos judiciales de homologación.* Aprobación de la cuenta particionaria; aprobación del concordato extrajudicial o judicial; separación judicial de bienes en la ley 10.783.

c) *Autorización para realizar un acto.* Información del art. 113 del Código Civil, para el segundo matrimonio; venia para la enajenación de bienes de menores, ausentes e incapaces; habilitación para comparecer en juicio. Caben también estos actos entre las medidas de tutela previstas en la letra *f*.

d) *Producción de pruebas.* Expedición de segundas copias de escrituras públicas; información *ad perpetuam*.

e) *Liquidación judicial de impuestos.* Procedimiento sucesorio (el cual, por su complejidad, participa a la vez de otras funciones).

f) *Tutela de menores, ausentes e incapaces.* Juicio de incapacidad[41]; discernimiento de tutor o curador; legitimación adoptiva; declaración de ausencia.

g) *Intimaciones y protestas.* Oblación y consignación; interpelación judicial de pago; protesta de daños y perjuicios; jactancia.

h) *Administración judicial.* Herencia yacente.

Corresponde insistir en que esta enumeración es sólo por vía de ejemplo, que corresponde a las actuaciones más conocidas del derecho uruguayo, y que no incluye providencias que se hallan en todos los otros códigos del Continente.

¿Es posible que exista un común denominador para tan diversas funciones? ¿Será posible dar un criterio que comprenda, al mismo tiempo, la forma, la sustancia y la función de la jurisdicción voluntaria frente a panorama tan complejo?

Para contestar estas preguntas será necesario hacer

[41] Se atribuye contenido jurisdiccional a este procedimiento, en el libro de CHAO, *Juicio de incapacidad*, Montevideo, 1945, p. 32.

un cierto paralelo entre los elementos de la llamada jurisdicción voluntaria y la jurisdicción propiamente dicha. Pero tal tarea sólo será posible si se escoge uno solo de los procedimientos de la jurisdicción voluntaria para utilizarlo como elemento de confrontación. De no seguirse ese temperamento, el esfuerzo es inútil.

El más adecuado de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, a estos efectos, es la información *ad perpetuam*[42]. En él, un particular acude a un juez pidiéndole que, en virtud de la justificación que suministrará, declare la existencia de un hecho y le otorgue la documentación que acredite el procedimiento cumplido. El juez, previa intervención del Ministerio Público, recibe la información, y si la halla satisfactoria *prima facie*, en mérito de ella, "en cuanto haya lugar por derecho", aprueba la información ofrecida y emite, expresa o implícitamente, el pronunciamiento que se le solicita.

Es éste el acto que se trata de examinar.

Para ello sería conveniente comenzar por darle una denominación adecuada, tal como lo hacen los códigos de Chile y de Honduras, que le denominan "actos judiciales no contenciosos". Pero por razones de brevedad y de común entendimiento, será necesario seguir utilizando la denominación convencional toda vez que la naturaleza de la exposición no exija otra cosa.

30. Forma de la jurisdicción voluntaria.

El acto judicial no jurisdiccional no tiene partes en sentido estricto. Le falta, pues, el primer elemento de forma de la jurisdicción[43].

En él, el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. Él no es *parte*, en sentido técnico, porque no es *contraparte* de nadie.

[42] Uruguay, art. 1275; Chile, 1086; Panamá, 1935; Venezuela, 799; genéricamente, Guatemala, 1627; Nicaragua, 569.

[43] *Supra*, nº 22.

Tampoco tiene controversia. Si ésta apareciere, si a la pretensión del peticionante se opusiese alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se trasforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional.

Todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, ya sea de parte interesada, ya sea de parte de los órganos del Ministerio Público, a quienes se da normalmente ingerencia en estos procedimientos.

La condición del juez en esta materia difiere en cierto sentido de su actuación en materia jurisdiccional. Al actuar *inaudita altera pars*, carece de uno de los elementos más convenientes a la emisión de un juicio jurídico: la comprobación de una tesis con su antítesis[44]. Normalmente, la sentencia proferida en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionante. El juez no conoce más verdad que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad.

Se ha planteado reiteradamente el problema de saber si tales decisiones admiten apelación por el requiriente. Algunos códigos tienen textos expresos en sentido afirmativo[45]. Pero el problema consiste en saber si puede causar agravio, y en consecuencia si es apelable una decisión que no juzga ni prejuzga y qué siempre puede ser reconsiderada en otro procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante el mismo u otro juez. La respuesta no debe buscarse en el campo de la apelación, sino en el principio de economía procesal[46]. Lo que puede obtenerse en otro procedimiento y ante otro juez, también puede obtenerse por vía de apelación, con menor desgaste de energía y costo. Debe, pues, admitirse la apelación del peticionante cuando su pretensión ha sido desechada[47]. En cuanto a la

[44] *Infra*, nº 63.

[45] Cuba, art. 1819; Guatemala, 1624; Nicaragua, 562.

[46] *Infra*, nº 118.

[47] En nuestra jurisprudencia hay antecedentes en este sentido. Así "L. J. U.", t. 4, caso 966.

apelación por terceros, nos remitimos a lo expuesto respecto de la legitimación de los terceros para apelar, en el capítulo respectivo de este libro.

31. CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

El art. 1958 del Código de Panamá dice: "estas informaciones tendrán el valor de una presunción legal".

El art. 302 del *Proyecto* (uruguayo) de 1945 establece: "Las declaraciones emitidas por los jueces en los procedimientos de la jurisdicción voluntaria no hacen cosa juzgada, ni aun cuando, por haber sido objeto de recurso, hayan sido confirmadas por los jueces superiores.

"Declarado un hecho mediante estos procedimientos se presume cierto hasta prueba en contrario; y los terceros que adquieran derechos de aquellos en cuyo favor se ha hecho la declaración judicial, se presumen de buena fe hasta prueba en contrario".

Este contenido no coincide con el del acto jurisdiccional. Es propio de éste, como se ha visto, dirimir controversias mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada y de eventual ejecución. Las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso, se emiten "en cuanto proceda por derecho", "sin perjuicio" (eventual de ser revocadas si perjudicaren a terceros), "en cuanto haya lugar". Todas estas expresiones son circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada[48]. Mediante ellas, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. En otros casos, como los de venias, homologación, etc., se actúa también con prueba suma-

[48] "*En cuanto haya lugar*", artículo que hemos redactado para la *Enciclopedia Jurídica Omeba.*

ria, *de plano et sine strepitu*, como se decía en el derecho antiguo.

Por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni condenan ni constituyen nuevos derechos.

Acaso podría pensarse que, dada su índole, algunas de ellas, como las venias, etc., pueden incluírse entre las providencias cautelares. La proposición sería parcialmente correcta. Pero las providencias cautelares cautelan contra la lentitud del proceso. Previenen tan sólo el riesgo de que la demora en llegar hasta la sentencia no haga ilusorio el fin del proceso. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario, no es el *periculum in mora* lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la ley.

El contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es, por este motivo, de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Tienden a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

Cuando el cumplimiento de la jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescrita por la ley, tal como acontece en las venias o autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal.

32. Función de la jurisdicción voluntaria.

Se dice habitualmente que la jurisdicción voluntaria cumple una función administrativa y no jurisdiccional.

mado a sí misma *revisionista*[51], ha puesto de nuevo en cuestión las proposiciones de la tesis tradicional. Por las razones aquí expuestas y dadas las características propias del proceso civil latinoamericano, preferimos mantenernos en la tesis admitida. Para volver sobre ella sería necesario revisar el concepto de acto jurisdiccional, incluyendo en él a la jurisdicción voluntaria. Esta tarea, en las actuales circunstancias, no redundaría en provecho de la ciencia del proceso.

33. JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA.

Las leyes procesales y de organización judicial contienen con frecuencia disposiciones de carácter disciplinario. Se habla en algunos casos de *jurisdicción disciplinaria*[52].

Las normas de derecho disciplinario tienen como contenido axiológico el orden. Se instituyen para asegurar el ordenado desenvolvimiento de la función jurisdiccional. El derecho disciplinario presupone jerarquía y subordinación. Quien tiene la potestad jerárquica, puede imponer formas de conducta previstas en la ley, para asegurar el cumplimiento de la misma. El que está sometido a una subordinación debe obedecer y ajustar su conducta a lo preceptuado por el jerarca.

Pero en todo caso, la disciplina está a su vez jerárquicamente subordinada a la ley. No es posible, a pretexto de la disciplina, cometer una injusticia, La jurisdicción no se justifica por el orden, sino por la justicia. El apóstrofe de GOETHE de que es preferible soportar una injusticia a sufrir un desorden no ha sido, ciertamente, el pedestal de su gloria.

La llamada jurisdicción disciplinaria contiene, en nuestro derecho, la potestad jerárquica de imponer mo-

[51] Los estudios de esta orientación aparecen citados en las referencias bibliográficas del nº 29.

[52] Uruguay, C. O. T., art. 4.

dos de comportamiento a los jueces, funcionarios y profesionales, por parte de la Suprema Corte de Justicia; a los funcionarios, partes, profesionales y auxiliares de la jurisdicción, como los testigos y peritos, por parte de los jueces que están conociendo de un asunto; por parte de los funcionarios superiores de la administración judicial a los funcionarios inferiores de ella.

Pero en todos esos casos, el derecho disciplinario es derecho administrativo o derecho penal[63].

[63] Cfr. GAETANO, *Do poder disciplinar*, Lisboa, s. f., y DA CRUZ, *Competencia disciplinar. Analise de alguns dos seus problemas*, en "Boletim do Ministerio da Justiça", Lisboa, nº 45, 1954, p. 5.

Capítulo II

LA ACCIÓN*

§ 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

34. El concepto de acción.

La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

Históricamente este derecho ha sido confundido con otros poderes jurídicos o facultades a los que se confiere el mismo nombre. La doctrina, luego de una tarea que ya lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mis-

* BIBLIOGRAFÍA: Dada la vastedad de la literatura monográfica existente sobre el tema, sólo mencionaremos las obras más significativas o más recientes.

Alemania: Bley, *Klagerecht und rechtliches Interesse*, 1923; Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, 1900; ídem, *Klagerecht, Klagmöglichkeit*, 1905.

Argentina: Alsina, *Naturaleza jurídica de la acción*, en "Rev. D. P.", 1952, I, p. 187; Bartoloni Ferro, *Unidad de la acción*, en "Rev. D. P.", t. 1, I, p. 334; Carlos, *Acción*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 1, p. 206; Mercader *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, 1944. Moreno, *El derecho de acción y las conexiones procesales*, "La Ley", t. 44.

mo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo judex sine actore*.

Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la

---

ps. 948 y 973; PODETTI, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en "Rev. D. P.", t. 2, I, p. 147.

Brasil: ESTELLITA, *Direito de acção. Direito de demandar*, Río de Janeiro, 1942; MACHADO GUIMARAES, *A instancia e a relação processual*, Río de Janeiro, 1939; REZENDE, *Modificações objetivas e subjetivas de acção*, São Paulo, 1933.

Cuba: BRITO MEDEROS, *Derecho y acción*, en el volumen "Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial", año 1945-1946, La Habana, p. 281.

España: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 759; FAIREN GUILLÉN, *Acción*, en "Rev. D. P.", 1950, I, p. 40; MIGUEL Y ROMERO, *Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*, en "Rev. G. D. J.", t. 3, p. 431; PRIETO CASTRO, *La acción en el derecho español*, Zaragoza, 1931.

Estados Unidos: CARDOZO, *The nature of judicial process*, 12ª ed., New Haven, 1945; SCOTT, *Fundamentals of procedure in actions at law*, New York, 1922.

Francia: JAPIOT, *Les actions et la demande en justice. Conditions et classifications*, en "Rev. T. D. C.", 1915, p. 419; VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public*, Paris, 1931.

Inglaterra: MAITLAND, *Equity, also, the form of actions at common law*, Cambridge, 1909.

Italia: CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, en "Riv. D. P. C.", 1939, I, p. 22; CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale della azione*, en "Riv. D. P.", 1946, I, p. 5; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, última aparición en *Saggi*, Roma, 1930, t. 1, ps. 3 y ss.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, en "Riv. T. D. P. C.", 1950, nº 1, p. 47, y en *Studi in onore di Carnelutti*; PEKELIS, *Azione*, en "N. D. I.", t. 2, p. 91; SATTA, *L'esercizio della azione*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1947, p. 212.

México: GARCÍA MAYNEZ, *El derecho de acción*, en "El Derecho", 1934 PALLARES, *Tratado de las acciones civiles*, México, 1939.

Uruguay: CARNELLI, *La acción procesal*, en "La Ley", t. 44, p. 849; GARCÍA MORALES, *Acción*, en "Rev. D. J. A.", t. 8, p. 109; LAGARMILLA, *Las acciones en materia civil*, 2ª ed., Montevideo, 1930; MARTÍNEZ PÁEZ, *Las acciones jurídicas*, Montevideo, 1895; VIVAS CERANTES, *De las acciones*, en "Rev. D. J. A.", t. 7, p. 250.

comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución.

Como esta concepción es el fin de un largo recorrido de nuestras ideas, trataremos de exponer su trayectoria con el objeto de señalar el alcance de esta conclusión.

35. Equívocos iniciales acerca del vocablo "acción".

Antes de entrar en el tema, debe subrayarse la influencia que ha tenido, en torno a este instituto, el ambiguo sentido del vocablo acción.

En buena medida la polémica sobre este punto es una polémica de palabras. El acuerdo acerca del mismo es indispensable para entenderse.

El vocablo *acción* aparece, con un significado diferente, en todos los campos del derecho. Sólo en un derecho positivo determinado se le han fijado quince acepciones distintas[1]. En el campo del derecho procesal, en particular, su significado varía en el tiempo y el espacio. En cierto estudio se han enumerado veintitrés definiciones[2].

Puede comprobarse, además, que el sentido del vocablo ha evolucionado en el tiempo; no es el mismo el significado actual de la acción civil que el de la *actio* romana[3]; tampoco es igual, aun en nuestro tiempo, el concepto de acción entre los países de cultura latina y los de cultura angloamericana[4]; en terrenos tan próxi-

[1] PEKELIS, *Azione*, en "N. D. I.", t. 2, p. 92.

[2] Así, GARCÍA VALDÉS, *Teoría de las acciones y de su acumulación*, en "Rev. D. P. esp.", 1945, p. 133.

[3] COLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, en "Études historiques sur le droit de Justinien", Paris, 1947, t. 5, p. 544; BETTI, *Ragione ed azione*, cit., p. 105; RICCA BARBERIS, *Klage et actio*, en *Recueil d'études en l'honneur de Lambert*, nº 108; PUGLIESE, *Actio e diritto subietivo*, cit., p. 71.

[4] Cfr. últimamente, con claros ejemplos, HAMSON, *Civil procedure in France and England*, en "The Cambridge Law Journal", 1950, t. 10, p. 411.

mos como el de la jurisdicción y de la administración, el concepto del mismo vocablo es diverso[5].

Frente a esta complejidad, nuestra primera preocupación ha de ser la de determinar con la mayor precisión posible, qué es lo que queremos decir cuando hablamos de *acción.* Sin este acuerdo acerca del vocablo no podríamos entendernos[6].

De acción en sentido procesal se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

a) Como sinónimo de *derecho*; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", o se hace valer la "*exceptio sine actione agit*"[7], lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de *pretensión*; es éste el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia aun en nuestros días; se habla, entonces, de "acción fundada y acción infundada", de "acción real y acción personal", de "acción civil y acción penal", de "acción triunfante y acción desechada"[8]. En estos vocablos, la acción es la

[5] Cfr. ZANOBINI, *Introduzione allo studio giuridico della azione amministrativa*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1947, p. 144; MÉNDEZ, *La acción administrativa*, en "L. J. U.", t. 9, p. 47.

[6] PALLARES, *La crisis del derecho procesal*, en "El Universal", México, 11, VII, 1950, ha utilizado este ejemplo para señalar una crisis de esta rama del derecho. Si existe crisis es de entendimiento en cuanto al valor de las palabras que, luego de ser tenidas por unívocas durante siglos, se han hecho ahora equívocas. Hemos intentado la réplica en *¿Crisis del derecho procesal?*, en "Rev. D. P.", 1950, III y IV.

[7] Así, con correcta rectificación, MACHADO GUIMARAES, *Carência de acção*, en "Repertorio Enciclopédico do Direito Brasileiro", t. VII, Río de Janeiro, 1950. Véase asimismo TELLO, *La defensa sine actione agit en los juicios por repetición de derechos municipales*, en "Rev. de Derecho y Administración Municipal", Bs. Aires, enero 1944, p. 3.

[8] Es por este motivo que LOIS ESTÉVEZ, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947, p. 109, siguiendo la doctrina alemana, una parte de la italiana y la enseñanza de su compatriota GUASP, insta a prescindir del vocablo acción y sustituirlo por el de pretensión; por lo que él llama "el concepto puro de pretensión procesal". Cfr. *La pretensión procesal*, en "Rev. D. P.", 1951, p. 333.

pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo "demanda fundada e infundada", "demanda (de tutela) de un derecho real o personal", etc. Es, decimos, el lenguaje habitual del foro y de la escuela en muchos países.

c) Como sinónimo de *facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón[9].

A lo largo de todo este libro, la palabra *acción* se halla usada en este último sentido. Cuando le damos otro diverso, por así corresponderle, lo hacemos notar expresamente.

Entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino *su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales.*

Pasamos a examinar el alcance de esta definición.

36. DEFINICIONES LEGALES Y SU DEFICIENCIA.

La acción aparece definida todavía en algunas legislaciones americanas.

Se dice, por ejemplo[10], que "acción es el medio legal

[9] Cfr. sobre el problema de la terminología, PRIETO CASTRO, *La acción en el derecho español*, cit. también FAIREN GUILLÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1949, ps. 79 y ss.

[10] Uruguay, art. 240; Bolivia, 68; antes, Cód. Santa Cruz, 160; Luisiana, Code of Practice, 1; Nicaragua, 813.

de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe", simple paráfrasis de un pasaje clásico de notoria difusión[11].

Una definición de esa índole, no obstante el prestigio de la autoridad, no puede satisfacer las exigencias científicas del derecho procesal moderno.

Aparte de la impropiedad técnica que supone incorporar una definición al derecho positivo, deben hacerse a su respecto dos observaciones. Por un lado, que el concepto de la acción como *medio legal*, correcto en sí mismo, confunde acerca de su naturaleza: ésta no es tan sólo *remedium juris*, sino un poder jurídico autónomo que puede concebirse desprendido del derecho material sobre lo nuestro o lo que se nos debe. Por otro lado, que la definición no alcanza a comprender las acciones de mera declaración, en las cuales no se reclama nada que nos pertenezca o que nos sea debido, sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica. Tampoco abarca las acciones preventivas y algunas constitutivas.

Corresponde, en consecuencia, prescindir de estas definiciones contenidas en las leyes y examinar el tema de la acción tal como surge del conjunto de normas del derecho positivo.

§ 2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

37. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL.

Siguiendo la huella del derecho romano, la doctrina consideró tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa.

[11] CELSO, *De actionibus*, L. 4, t. 1. Para su alcance y evolución: SAVIGNY, *Sistema*..., trad. esp., Madrid, 1879, t. 4, ps. 9 y ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ed. Fadda y Bensa, Roma, 1902, t. I, ps. 474 y ss.

Se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra.

La proposición, que era en cierto modo correcta dentro de la primitiva concepción del derecho romano, dejó de serlo en el derecho moderno. Pero la doctrina siguió usando idéntica terminología y considerando, como decía DEMOLOMBE, que cuando la ley hablaba de *derechos y acciones* incurría en un pleonasmo.

Esta concepción se mantuvo en la doctrina europea, hasta mediados del siglo pasado; y en nuestro continente hasta comienzos del presente[12].

38. AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN.

Una famosa discusión acerca del contenido de la *actio* romana y la *Anspruch* germánica, culminó con el reconocimiento de que no existía coincidencia entre ambas[13]. La *Anspruch* o pretensión constituía en el pensamiento de WINDSCHEID primero y en el de WACH después, un fenómeno jurídico diferenciado del derecho.

Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo.

[12] En este sentido: POTHIER, *Traité de la communauté*, nos. 69 y ss.; AUBRY y RAU, t. 8, p. 118; DEMOLOMBE, t. 9, nos. 388 y ss.; DEMANTE, t. 2, nº 151; PLANIOL, t. 1, nº 2233. Para los procesalistas, GARSONNET y CÉZAR-BRU, t. 1, p. 530. Sobre la huella de la doctrina francesa se encaminaron muchos escritores de las escuelas italiana, española, portuguesa y latinoamericana. Entre nosotros, el más elocuente intérprete fue LAGARMILLA, *Las acciones en materia civil*, Montevideo, 1904; 2ª ed., 1930.

[13] La polémica se promovió a mediados del siglo pasado, entre MUTHER y WINDSCHEID. Culminó con la aseveración de este último de que ambas diferían en cuanto a su contenido. Así *Diritto delle Pandette*, con notas de FADDA y BENSA, t. 1, ps. 183 y ss. Las proyecciones de este debate han sido escrupulosamente registradas por CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit. Los textos de la polémica acaban de ser traducidos al italiano y publicados con una excelente introducción por HEINITZ y PUGLIESE, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954.

Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.

La doctrina admitió casi sin reservas esta nueva concepción, y sobre ella elevó sus construcciones futuras[14].

39. PRINCIPALES ORIENTACIONES MODERNAS.

Admitida la autonomía del derecho de la acción, la doctrina perdió unidad y comenzó a dividirse en numerosas orientaciones de las cuales trataremos aquí de dar una breve reseña.

Por un lado, se manifestó la corriente de doctrina denominada del *derecho concreto de obrar*. Sostiene, en lo sustancial, esta línea de pensamiento, que la acción (pretensión) sólo compete a los que tienen razón. La acción no es el derecho; pero no hay acción sin derecho[15].

En contraposición a esta corriente de pensamiento, surge otra para la cual la acción constituye lo que se denominó con escasa felicidad técnica, un *derecho abstracto* (por oposición a concreto) *de obrar*. Para esta corriente de ideas, que se prolonga hasta nuestros días, y que hoy parece dominar el panorama doctrinal, tienen acción aun aquellos que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar. La acción, se dice con deli-

[14] Cfr. para todos LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit. Sin embargo, existen diferencias de criterio muy acentuadas, en el pensamiento de SATTA, *L'esercizio della azione*, cit., al que más adelante se hará referencia.

[15] Para esta tesis, en sus diferentes aspectos, WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1885; ídem, *Der Festellungsanspruch*, 1889; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, 1900; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit.; BEHRENDS, *Die Anspruchshaüfung im Zivilprozess*, 1935.

berada exageración, es el derecho de los que tienen razón y aun de los que no tienen razón[16].

Por otro lado se abre una corriente de ideas que configura la acción como un derecho potestativo[17]. Por tales se entienden aquellos derechos que dependen exclusivamente de la voluntad de su titular, sin que corresponda a ellos una correlativa sujeción de la parte sobre quien se ejercen.

Corresponde distinguir, todavía, una corriente que configura la acción como *un simple hecho* (*rectius*: como un conjunto de hechos), sin que corresponda asignarle la categoría de derecho[18].

En los últimos tiempos se ha advertido, además, una nueva orientación doctrinal, según la cual el concepto de acción no es absoluto sino *relativo*. Según afirma esta tendencia, el concepto de acción corresponde, más que a una consideración profunda de este fenómeno, a particulares reacciones sociales, culturales y aun políticas de quienes tratan de interpretarlo. La concepción de la acción corresponde, en todo caso, a la particular concepción que tienen sus autores del mundo y de la vida[19].

[16] DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, 1887; idem, *Der Streit über den Klagerechtsbegriff*, 1905; LIEBMAN, *El concepto de acción*, cit., y, recientemente, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit.; ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, trad. esp. de Ovejero, Madrid, sin fecha; UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917; CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1937; idem, *Sistema*, t. 1, p. 888, y *Saggio di una teoria integrale della azione*, cit.

[17] CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit.; *Istituzioni*, t. 1, ps. 1 y 59; sobre esto, CARLOS, *La concepción chiovendiana de la acción y la doctrina de los derechos potestativos*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 376.

[18] SATTA, *L'esercizio della azione*, cit.; asimismo, *Diritto processuale civile*, p. 74. Pero lo que SATTA configura no es la acción sino la pretensión. Ésta, como mero querer del individuo, es, efectivamente, un hecho. Sin embargo, lo que el derecho trata de aislar y determinar es el poder jurídico que infunde a ese hecho proyecciones de derecho.

[19] Originariamente PEKELIS, *Azione*, en "N. D. I.", t. 2, ps. 99 y ss., traducido luego en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 115. Luego, CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, en "Riv. D. P.", 1939, I, p. 22; y luego en *Studi*,

Y por último, para cerrar este abigarrado conjunto de orientaciones, parece advertirse en los últimos tiempos una tendencia a acortar las distancias doctrinales, a deponer ciertas intransigencias y a concebir lo que se ha llamado *unidad de la acción*[20]. Esa unidad se revela en la tendencia a no colocar las posiciones anteriores en planos irreductibles, en procurar acentuar los vínculos comunes entre la acción civil y la acción penal[21], y entre la acción y el derecho en su generalidad[22].

40. ALCANCE DE ESTAS TENDENCIAS.

Sería vano sostener que cada una de estas tendencias tiene toda la razón. Lo sería, asimismo, decir que

---

t. 5, p. 1; también traducido al español en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 135. También en sentido concordante, pero en un orden general, R. GOLDSCHMIDT, *Las ideas políticas y la sociedad anónima*, en "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 289.

[20] Un primer intento, dentro de nuestra doctrina, en MERCADER, *La acción*, cit., p. 119; luego, BARTOLONI FERRO, *Unidad de la acción*, en "Rev. D. P.", 1943, I, p. 334. Posteriormente en *La unidad de la acción y la unidad del concepto de proceso como presupuestos de la teoría de éste*, en "Revista Jurídica de Entre Ríos", 1952, p. 20.

[21] De unidad de acción civil y penal habló hace ya un cuarto de siglo, CARNELUTTI. Para su pensamiento actual, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1948; traducción española, Buenos Aires, 1950. Entre nosotros, con consistentes argumentos de derecho positivo, MORETTI, *Derecho procesal penal*, Montevideo, 1945, ps. 21 y ss. Un nuevo intento para diferenciar la acción civil y la acción penal, ha sido hecho últimamente por GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de setiembre de 1882*, Barcelona, 1947, t. 1, ps. 35 y ss.; pero la refutación de FAIREN GUILLÉN, *La elaboración de una doctrina general de los principios de procedimiento*, en "Rev. D. P.", 1949, I, p. 173, es persuasiva.

[22] CARNELLI, *La acción procesal*, cit., p. 850, sostiene que "la acción dirigida al juez es derecho y el derecho realizado en su virtud por el juez es acción; allá derecho formal, aquí derecho sustancial... Esencialmente no hay más que un derecho... El derecho es acción o no es derecho". Pero bien se puede advertir en estos puntos de vista, que toda la concepción gira sobre los múltiples significados de que son susceptibles tanto la palabra *acción* como la palabra *derecho*. El autor no ha forjado un concepto, sino que ha coordinado, con agudeza, vocablos de significados diversos. Merece también examinarse el otro estudio homólogo de CARNELLI, *El juez como objeto del derecho*, en "La Ley", t. 52, p. 1019.

todas ellas están desprovistas de fundamento. Cada una de estas corrientes de pensamiento, en las cuales han trabajado numerosos autores, muchos de ellos eminentes, corresponden a particulares modalidades del derecho positivo, a sus respectivas tradiciones históricas, a la formación intelectual de cada escuela.

Pero, por su parte, una posición que se limitara a reconocer que cada corriente de pensamiento no es sino el reflejo de la actitud mental de sus autores, colocaría a la doctrina en un plano escéptico que dejaría insatisfechas las necesidades elementales propias de la ciencia.

Cada estudioso tiene el deber de aportar, al empeño común, su particular observación. De la suma de ellas se hace la grandeza de la ciencia. En ésta, tanto como la verdad, importan los esfuerzos hechos para alcanzarla.

Procuremos, pues, en el riesgo del acierto y del error, determinar cómo concebimos, por nuestra parte, este extraño y desconcertante fenómeno que de tal manera ha preocupado, a lo largo del tiempo, a los más ilustres pensadores de la ciencia del derecho.

§ 3. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA JURISDICCIÓN

41. Alcance de la tesis.

Tal como se ha visto, las dificultades derivadas del contenido mismo del vocablo de que es menester servirse, han provocado una grave confusión de las ideas. La sinonimia de acción y derecho ha sido relativamente fácil de superar; no ha ocurrido otro tanto, en cambio, con la sinonimia entre acción y pretensión, ya que en último término la acción es el poder jurídico del actor de hacer valer la pretensión. Pero en este punto se halla la base misma de nuestras observaciones.

En ese plano podemos distinguir:

a) el *derecho*;

b) la *pretensión* de hacerlo efectivo mediante la demanda judicial; la pretensión no es, por supuesto, un derecho autónomo, sino un simple hecho;

c) la *acción*, o sea, el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción.

Como bien se comprende, estas tres diferentes manifestaciones del derecho no van siempre reunidas.

Supongamos, por ejemplo, que el derecho (por ejemplo un crédito) no existe, porque el deudor ha pagado ya a un mandatario del acreedor. Éste ignora el pago porque el mandatario lo ha ocultado.

¿Qué acontece? Acontece, simplemente, que aun sin derecho, la pretensión existe, ya que el actor se considera sinceramente asistido de razón. Se tratará, sin duda, de una pretensión infundada, que rechazará oportunamente la sentencia. La pretensión es, pues, sólo un estado de la voluntad jurídica; no es un poder jurídico.

¿Y la acción? La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.

De la misma manera que todo individuo, en cuanto tal, tiene el derecho de recibir asistencia del Estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción, para pedirles su ingerencia cuando la considera procedente. Esa facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón, como cuando la invoca y pretende ser amparado por el Estado, aquel que no se halla efectivamente en estado de necesidad o aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido.

Tratemos, ahora, de fijar el alcance de este poder jurídico.

42. ACCIÓN Y JUSTICIA.

La acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada, sustituída por la obra de la colectividad organizada.

La primitiva represalia y la instintiva tendencia de hacerse justicia por su mano, desaparecen del escenario social para dar entrada a un elemento sustitutivo inspirado en el propósito de obtener la justa reacción por acto racional y reflexivo de los órganos de la colectividad jurídicamente ordenados. La acción en justicia es, en cierto modo, el sustitutivo civilizado de la venganza.

No cabe duda, en consecuencia, que la acción funciona en el orden actual de cosas, merced a la presencia del Estado, a su ingerencia directa y a su propósito de asegurar la paz y la tranquilidad sociales mediante el imperio del derecho.

Esta consideración inicial conduce naturalmente el espíritu hacia el carácter *público* de la acción, en cuanto a su finalidad inmediata. La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular (*uti singulo*), sino también la satisfacción de un interés de carácter público (*uti civis*). Es muy significativo que desde dos terrenos distintos[23] se haya podido afirmar que el ciudadano que promueve la acción desempeña una función pública, en cuanto procura la vigencia efectiva del derecho en su integridad. El carácter público de la acción otorga naturalmente un acentuado carácter público al derecho procesal. Pero esto no significa que todas las leyes procesales sean de orden público, problema éste completamente distinto del que aquí se estudia[24].

[23] JOSSERAND, *Évolutions et actualités*, Paris, 1936, p. 79; CARNELUTTI, *Lezioni*, t. 4, nº 379; ídem, *Sistema*, t. 1, p. 891.

[24] Bajo este título se encara frecuentemente la cuestión mucho más simple de saber cuáles son los principios que se pueden derogar por convenio expreso o tácito de las partes. La jurisprudencia se ha mostrado en este punto mucho más constructiva que la doctrina, señalando un conjunto de soluciones muy con-

43. ACCIÓN Y DERECHO.

Admitido ese primer punto, puede avanzarse comprobando que el derecho de reclamar ante el Estado aparece en ciertos momentos confundido con el derecho material o sustancial.

El derecho y la acción se presentan, entonces, en una unión no siempre fácil de separar. El derecho *caso por caso* de la justicia primitiva no permite distinguir con claridad en qué se diferencian una y otra cosa, ya que el derecho mismo no aparece hasta el momento en que la inspiración divina lo indica al juzgador[25]. La misma formación histórica del derecho romano ofrece un claro ejemplo de un sistema jurídico sin derecho subjetivo. El derecho no existe; sólo existe la acción. Durante una larga etapa de este proceso, la *actio* fue considerada el derecho mismo[26]. En nuestros tiempos, el derecho comunista y el derecho nacionalsocialista volvieron hacia la idea de una justicia dictada en consideración a exigencias políticas de oportunidad; la *Kampf vieder auf das subjektive Recht* no es sino la justificación de un derecho caso por caso, en el cual no existe propiamente derecho hasta el momento en que la acción es judicialmente acogida[27]. El derecho angloamericano se apoya, todavía en amplia medida, sobre esta misma concepción[28].

Pero dentro del sistema jurídico de nuestros países, la distinción conceptual entre el derecho y la acción aparece últimamente con suficiente claridad. Salvo muy

---

cretas que pueden verse felizmente resumidas en el escrito de ROSENBUSCH, *Derecho procesal y orden público*, publ. en "J. A.", t. 73, sec. doct., p. 57.

25 SCIALOJA, *Saggio in torno a una questione di diritto preistorico*, en "Studi Giuridici", t. 3, p. 31.

26 WENGER, *Institutionen*, cap. I, § 2; DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruxelles-Paris, 1931, p. 57.

27 Un resumen en *Trayectoria y destino del derecho procesal hispanoamericano*, en *Estudios de derecho procesal civil*, cit.

28 CARDOZO, *The nature of judicial process*, 12ª ed., New Haven, 1945; POUND, *The spirit of common law*, 4ª ed., Cambridge, 1941.

escasas opiniones resistentes[29], este punto puede darse por definitivamente admitido en el derecho procesal moderno.

Pero cuando se trata de discernir el carácter abstracto o concreto de este derecho, dentro de los términos de las doctrinas esquemáticamente expuestas, la decisión debe inclinarse hacia la concepción abstracta (genérica) del derecho de obrar.

Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción[30].

Quien quiera saber qué es la acción, no podrá desentenderse del fenómeno, que sería sorprendente de no sernos tan familiar, de que la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sinrazón del actor. Este resultado es connatural con el proceso mismo. La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión del *improbus litigator*, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante[31].

Configuró una desviación de la esfera propia de esta doctrina, la exigencia de reclamar en el demandante "un convencimiento sincero" de su derecho[32]. La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo ocurre que

[29] Por ejemplo, PALLARES, *Tratado de las acciones civiles*, cit., p. 43; posteriormente SATTA, *L'esercizio della azione*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1947, p. 212, y en *Diritto processuale civile*, cit., ps. 74 y ss.

[30] ROSENBERG, *Lehrbuch*, § 89.

[31] En el caso de "Rev. D. J. A.", t. 30, p. 469, la sentencia reconoce en términos expresos esta situación.

[32] *Supra*, nº 39.

este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima; no usa de su derecho, sino que abusa de él, como lo ha tenido que reconocer ampliamente la doctrina[33]. Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee conocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio.

44. ACCIÓN Y PRETENSIÓN.

La pretensión (*Anspruch, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica.

Pero la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada. Es por eso que algunos autores[34] han preferido borrar de su léxico el equívoco vocablo acción y acudir directamente a pretensión. Es ésta una actitud muy lógica y prudente, que podría seguirse si no mediara la necesidad de dar contenido a un vocablo de uso secular.

[33] AMERICANO, *Do abuso do direito no exercicio da demanda*, 2ª ed., São Paulo, 1932; MAZEAUD, *Responsabilité civile*, 2ª ed., 1934, t. I, nº 591; VIZIOZ, *De la sanction des abus et fautes commises dans l'exercice des voies de droit civiles*, El Cairo, 1934; SEMON, *Responsabilidad por el ejercicio de acciones judiciales*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 232; CARNELUTTI, *Sulla responsabilità per l'esecuzione del sequestro*, en "Riv. D. P. C.", 1925, II, 185; para nuestro derecho, la nota *Responsabilidad del embargante*, en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 159.

[34] Además de los ya citados, PUGLIESE, *Actio e diritto subietivo*, Milano, 1939; particularmente los desarrollos titulados "*Actio* y razón fundada" y "El concepto de pretensión".

Tanto el lenguaje de la ley[35] como el lenguaje de la doctrina están impregnados de la aparente sinonimia de ambos vocablos. En la mayor parte de los casos, las teorías jurídicas elevadas sobre la acción lo han sido sobre la pretensión y, particularmente, sobre la pretensión fundada. Rara vez abarcan la pretensión infundada.

También es frecuente el equívoco de la acción con el llamado derecho a demandar.

Se ha dicho, entonces[36], que la doctrina que configura la acción como un derecho genérico de obrar confunde aquélla, la acción, con el derecho de demandar, que es un derecho diferente.

Conviene no dejar en pie este argumento.

Si la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos diferentes, entonces tendríamos tres órbitas del derecho: lo que llamamos derecho material (p. ej., la propiedad), la acción (p. ej., la reivindicación) y el derecho a demandar en juicio (p. ej., la facultad de interponer la demanda reivindicatoria)[37].

Pero desde nuestro punto de vista, las cosas no son así. El derecho a demandar (*rectius*: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Todo sujeto de derecho tiene, como tal, junto con sus derechos que llamamos, por comodidad de expresión, materiales o sustanciales (en el ejemplo, la propiedad), su poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar

[35] *Infra*, nos. 48, 49 y 50.

[36] ESTELLITA, *Direito de acção*, cit., p. 115. Cfr., sin embargo, en el prólogo del mismo libro, la opinión disidente de BAPTISTA MARTINS.

[37] Esta triple estructura del derecho se advierte, además, en autores que, como PONTES DE MIRANDA, *Comentarios*, t. 1, p. 132, consideran el derecho de acción como sinónimo del derecho de litigar. Pero en esta tendencia no se ha logrado, a nuestro modo de ver, distinguir la acción de la pretensión. Esta distinción se formula, en cambio, con toda claridad, en el ensayo de GUASP, *La pretensión procesal*, en "Rev. D. P.", 1951, p. 333, y en "Anuario de Derecho Civil", 1952. Cfr. asimismo, LOIS ESTÉVEZ, *Pretensión, acción y tutela formal provisoria*, separata de "Foro Gallego", 1951, p. 3. Con valor histórico, WINDSCHEID, *Las pretensiones procesales* ("*Ansprüche*"), trad. en "Rev. D. P.", 1953, p. 159.

El derecho de petición se ejerció, pues, originariamente, ante quien reunía en sí todas las facultades de la autoridad.

Cuando el principio de división de poderes comienza a hacer su camino, el derecho de petición se desdobla y asume caracteres específicos ante cada uno de esos poderes. Las viejas formas procesales se mantienen; pero ha cambiado la condición de los jueces a quienes ellas se dirigen.

En la Constituyente francesa de 1791, LE CHAPELIER distinguía entre la *plainte* y la *pétition*, correspondiendo la primera a la querella o reclamo de todo individuo que había visto menoscabado su derecho por la autoridad y la segunda sólo a los ciudadanos. ROBESPIERRE combatió esta distinción en cuanto ella limitaba el derecho de petición a los ciudadanos y no a los individuos[42].

Toda idea que tienda a asimilar el derecho a pedir con la justicia de lo pedido, constituye una *contradictio in adjecto*. El derecho de pedir no requiere un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía, debe tener andamiento hasta el momento de la decisión. Si efectivamente existe un derecho lesionado, la resolución será estimatoria; si no existe, la petición será rechazada en cuanto a su mérito. Pero en todo caso, la autoridad debe admitir el pedido en cuanto tal, para su debido examen con arreglo al procedimiento establecido[43].

En el orden judicial ese procedimiento se halla escrupulosamente reglamentado; ocurre otro tanto en el

p. 45. Véase, sin embargo, el citado trabajo, *Concepto, sistemas y tendencias del derecho procesal civil*, en "Rev. F. D. y C. S.", 1954, p. 231, y en "Revista del Colegio de Abogados", Buenos Aires, 1955.

[42] Cfr. sobre todo este tema con relación a nuestro derecho, J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución nacional*, Montevideo, 1946, t. 2, p. 177.

[43] Véase la fundamentación coincidente del fallo publicado en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 116.

orden administrativo, en las legislaciones que han codificado o legislado en normas generales el contencioso administrativo. No existe, en cambio, en el procedimiento parlamentario de la mayoría de los países, un conjunto de normas que regulen el ejercicio de petición ejercido directamente por los particulares.

La violación de este derecho se consuma cuando se niega al individuo su posibilidad material de hacer llegar las peticiones a la autoridad, ya sea resistiéndose a admitir las peticiones escritas, ya sea rechazándolas *in limine* y sin examen alguno, ya sea dejándolas indefinidamente sin respuesta.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho que la idea de gobierno republicano implica la posibilidad de que los ciudadanos se puedan reunir pacíficamente para pedir al poder público la reparación de los agravios[44]. Pero en realidad el derecho de los ciudadanos es más amplio. No se trata sólo de la tutela efectiva frente al agravio recibido, sino del derecho a exponer cualquier petición.

A pesar de su eficacia aparentemente limitada, el derecho de petición es un precioso instrumento de relación entre el gobierno y el pueblo. Y en cuanto él constituye un instrumento para llegar hasta el poder público la querella o queja por un derecho efectivamente agraviado, su significado es fundamental en el sistema de la tutela jurídica.

La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género; aquélla es una especie. Otras especies de derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, la querella criminal, el ejercicio judicial de los derechos de rectificación y de respuesta en materia de imprenta, etc.

[44] BURDICK, *op. cit.*, p. 373.

Las diferencias no pertenecen a la esencia sino a la técnica de este derecho[45].

Cuando el derecho de petición se ejerce ante el Parlamento, no supone la posibilidad de ningún poder coactivo que haya de hacerse efectivo contra nadie. Por su parte, el Parlamento no tiene ningún deber jurídico de expedirse acogiendo o rechazando la petición[46]. Otro tanto ocurría en el Uruguay cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Ejecutivo. La Constitución de 1952 modificó esta solución[47].

Pero cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse, si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la *ficta confessio*, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamiento.

Este deber de pronunciamiento de parte del juez, es de tal manera riguroso ante el ejercicio de la acción civil, que su omisión configura causa de responsabilidad judicial.

La naturaleza del órgano de la autoridad, las formas procesales impuestas por la ley, la eficacia del pronunciamiento judicial y la proyección que todo ello tiene dentro del sistema del derecho, hacen que la acción civil asuma un cúmulo de formas externas bien diferentes a las otras formas del derecho de petición. La misma circunstancia de que las acciones judiciales hayan sido

[45] Rectificamos en estos términos la exposición asignada a este tema en la p. 33 de la primera edición de este libro.

[46] En algunas Constituciones existe un deber correlativo de parte de la autoridad, y en el texto cubano, por ejemplo, la omisión de pronunciamiento se interpreta como resolución desestimatoria. Pero ninguno de estos textos configura la responsabilidad del poder público por la omisión. La situación viene a ser, entonces, virtualmente la misma que rige en las demás legislaciones.

[47] El art. 318 precedentemente citado agrega: "Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo si la autoridad no resolviera dentro del término indicado (de ciento veinte días)".

conocidas, históricamente, con mucha anterioridad a la formulación positiva en los textos constitucionales del derecho de petición, ha obstado, según nuestro modo de ver, a que desde el primer momento pudiéramos ver con nitidez su esencia propia. Pero debemos consignar aquí, que nuestra tesis se hallaba ya claramente insinuada en el pensamiento de algunos constitucionalistas del siglo pasado y comienzos del presente[48]; y en el campo de la jurisprudencia, más de una vez ha sido objeto de mención[49].

Esta tesis, que hemos anticipado en trabajos anteriores[50], ha sido objeto de importantes estudios y comentarios posteriores[51].

[48] ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, 3ª ed., Paris, 1887, ps. 158 y ss.; C. M. RAMÍREZ, *Conferencias de derecho constitucional*, 2ª ed., Montevideo, 1897; BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nella istituzioni*, Torino, s. f., t. 2, p. 892. Modernamente, se ha admitido esta tesis "solamente de un modo general" rechazándola en todo cuanto no tenga las diferencias entre ambos tipos de poderes jurídicos, que se consideran muy grandes. Así, J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución nacional*, cit., t. 2, p. 179. Pero su argumentación no es persuasiva; supone, por ejemplo, para poder acudir al Poder Judicial, que el peticionante "se considere agraviado en su derecho"; y este error, en el que ya incurría DEGENKOLB (*supra*, nº 43), es evidente, porque también los que saben que no tienen ningún agravio ni ningún derecho, tienen abiertas las vías de acceso a la jurisdicción. En el campo del derecho procesal, la tesis ha sido anticipada por GALLINAL, en "Jur. A. S.", t. 61, p. 963.

[49] Así, "Rev. D. J. A.", t. 33, p. 69.

[50] *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios*, t. 1, p. 19; *El debido proceso como tutela de los derechos humanos*, publ. y traducido en "La Ley", t. 72, p. 802; "Rev. D. J. A.", t. 52, p. 169; "Riv. D. P.", 1954, I, p. 81.

[51] BARTOLONI FERRO, *Acerca de los principios fundamentales del proceso penal*, en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 53; DÍAZ BIALET, *El art. 40 de la ley 11.924 y la necesidad de su reforma*, en "La Ley", t. 67, p. 792; FAIREN GUILLÉN, *La jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, Barcelona, 1949; *Acción*, en "Nueva Enciclopedia Seix" y en "Rev. D. P.", 1951, I, p. 40; GELSI BIDART, *Enfoque preliminar del proceso*, en "Rev. D. P.", 1951, I, p. 291; LIEBMAN, *Diritto costituzionale e processo civile*, en "Riv. D. P.", 1953, t. I, y en "Rev. D. J. A.", t. 51, p. 121; LOVATO, *Principios constitucionales del derecho procesal*, en "Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado", Quito, enero-marzo 1953; SILVEIRA, *Figuras de la procesalística americana*, "Rev. D. P.", 1948, I, p. 355; VÉRTIZ, *La acción civil como derecho cívico de petición*, en "Boletín de la Fac. de Derecho de Córdoba", 1951, p. 455.

§ 4. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

46. VALOR DE LA CLASIFICACIÓN.

Las ideas que acaban de exponerse tienen una sensible repercusión sobre uno de los temas que más han preocupado a la doctrina.

La clasificación se ha hecho siempre en función de criterios muy diversos: unas veces de carácter procesal, otras de carácter material, otras de carácter propio de una rama particular del derecho. Pero en todas esas clasificaciones está más o menos implícito el concepto de que acción y derecho material van unidos.

Como se verá, no existe unidad de criterio que oriente la clasificación. Unas veces la clasificación responde al derecho (acción real); otras, a la pretensión (acción reivindicatoria); otras, al proceso (acción ejecutiva); otras, a la jurisdicción (acción penal); otras, al fin procurado (acción de divorcio); etc. La clasificación de acciones en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares es una clasificación de sentencias y no de acciones. Una demanda de condena puede culminar en una sentencia declarativa de absolución.

El concepto que hemos venido admitiendo como contenido de la acción, no se aviene a estas denominaciones y clasificaciones tradicionales. Concebida la acción como un derecho a la jurisdicción, o más concretamente a someter el conflicto o controversia a la decisión de los órganos de la jurisdicción, los elementos que lo circundan (pretensión, competencia, proceso, etc.) carecen de importancia.

Realizaremos, pues, la tarea crítica que consideramos indispensable, frente a las clasificaciones tradicionales.

47. ACCIONES ORDINARIAS, SUMARIAS Y EJECUTIVAS.

Se distingue, habitualmente, entre acciones ordinarias y extraordinarias. Estas últimas, a su vez, se dividen en ejecutivas y sumarias[52].

Pero esta clasificación no se refiere *a la acción*, sino *al proceso* en el cual la acción se hace valer.

En tal sentido, *acción ordinaria* equivale a pretensión que se hace valer en un proceso o juicio ordinario. Y por tal se entiende, no obstante la definición errónea de nuestro Código[53], aquel que, por su amplitud de trámites y multiplicidad de oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reúne las máximas garantías procesales.

Acción sumaria equivale a pretensión que se hace valer en un proceso sumario, entendiéndose por tal aquel que por virtud de la reducción de los términos procesales y de las oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reduce las garantías propias del proceso ordinario.

Acción ejecutiva es aquella en la cual se pide la efectividad coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución.

La sola circunstancia de que los términos de esta clasificación coincidan con los distintos tipos de proceso, pone de relieve que ella es, en cierto modo, una clasificación de procesos y no de acciones.

Conforme a este criterio y tratando de hacer prevalecer en la ordenación de las acciones la forma procesal de los trámites, la clasificación correcta sería la de distinguir entre:

a) acciones (procesos) de conocimiento, en que se procura tan sólo la declaración o determinación del derecho;

[52] A estos conceptos corresponden los arts. 4 y 5, C. P. C.
[53] C. P. C., art. 4.

b) acciones (procesos) de ejecución, en que se procura la efectividad de un derecho ya reconocido en una sentencia o en un título ejecutivo, con las medidas de coacción consiguientes;

c) acciones (procesos) cautelares, en que se procura, en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar, el aseguramiento de los bienes o de las situaciones de hecho que serán motivo de un proceso ulterior.

Es ésta, en lo sustancial, la clasificación que domina el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945[54].

48. ACCIONES CIVILES, PENALES Y MIXTAS.

También se acostumbra clasificar las acciones en civiles, penales y mixtas[55].

Por acciones civiles se entienden tradicionalmente aquellas en que se dirime un conflicto de intereses de carácter civil; por acciones penales, aquellas en que el conflicto es de carácter penal; y mixtas, aquellas que participan de ambas cualidades.

No es fácil, sin embargo, delimitar el contenido de estas materias.

Nuestro derecho tiene a este respecto definiciones que han variado sensiblemente. El concepto simplista del art. 2, C.P.C., que divide el juicio en civil o criminal según tenga por objeto el interés o la pena, fue virtualmente sustituído por la abigarrada noción del art. 2, C.O.T., según la cual es materia civil la que no tiene por objeto la imposición de una pena. Pero ambas definiciones son insuficientes no bien se tenga en cuenta que en el proceso penal también está en juego un interés y que en el proceso civil también se imponen penas[56]. El

[54] *Proyecto*, "Exposición de motivos", 74.

[55] Uruguay, art. 243; Bolivia, 163 y 71 de la Compilación; Luisiana, 8.

[56] Véase la incertidumbre del caso publicado en "Rev. D. J. A.", t. 29, p. 10, como demostración característica del error sobre el que se apoya esta clasificación.

textos que regulan la competencia los que, en definitiva, fijan su verdadero contenido[58].

49. ACCIONES REALES, PERSONALES Y MIXTAS.

La clasificación tradicional en acciones reales, personales y mixtas[59], alude, directamente, al derecho que es objeto de la pretensión procesal.

En las primeras, el actor pretende la tutela de un derecho real; en las segundas, pretende la tutela de un derecho personal; en las terceras, de un derecho que participa, al mismo tiempo, de la calidad de real y personal.

Pero cuando se medita bien, se advierte que tampoco es ésta una clasificación de acciones, sino una clasificación de los derechos invocados en las pretensiones.

La acción, decíamos, como sinónimo de derecho a la jurisdicción, es una sola, cualquiera que sea la pretensión que en ella se haga valer. El derecho que es objeto de la pretensión podrá ser real o personal, sin que por ello varíe en nada la naturaleza de la acción.

Esta terminología, que no sólo es la más difundida en doctrina, sino también en la legislación, puesto que todo el capítulo de la competencia en los códigos de diferentes países se halla implantado sobre esta distinción, es un resabio de la asimilación de derechos y acciones.

Pero en el fondo ésta no es tampoco una clasificación de derechos, sino de pretensiones[60].

[58] Las incertidumbres y vacilaciones son constantes en esta materia. Es difícil construir sobre sus conclusiones una solución de orden general. Véase, p. ej.: "Jur. A. S.", ps. 113, 1861 y 1936; "Rev. de D. y C. S.", t. 4, p. 664, y t. 5, p. 390; "Rev. D. J. A.", t. 17, p. 232, y últimamente, t. 47, p. 210.

[59] Uruguay, art. 241; Bolivia, 161 y 69 de la Compilación; Nicaragua, 814; Luisiana, 2.

[60] Actualizando un debate secular, la jurisprudencia francesa acaba de discutir con amplitud de términos si la partición confiere un derecho real, personal o mixto: "Sirey", 1949, 2, 83. Pero como lo ha subrayado HÉBRAUD,

Una acción real es, sustancialmente, la pretensión del actor de ser titular de un derecho real. Porque si la demanda resulta desestimada, queda en evidencia que no existía ni derecho ni acción (en el sentido que en esta clasificación se da a la palabra). Lo que había era solamente una pretensión infundada del actor de ser titular de un derecho real. El mismo concepto de acción mixta es inconsistente[61].

Costará mucho trabajo y muchísimo tiempo desembarazarse de la terminología tradicional que rige toda esta materia. Pero dentro de una labor de revisión como la que nos proponemos realizar en este libro, ni el trabajo ni el tiempo pueden constituír un obstáculo para procurar, en la medida de nuestras fuerzas, una delimitación de conceptos lo más rigurosa posible.

50. ACCIONES PETITORIAS Y POSESORIAS.

Con la clasificación tradicional de acciones petitorias y posesorias[62], ocurre un hecho singular que es menester examinar con cierto detenimiento.

Por un lado, se advierte que en el léxico de nuestra ley esa clasificación no se refiere a las acciones sino a los procesos. Cuando nuestro legislador ha dicho que el juicio es petitorio o posesorio, clasifica procesos y no acciones.

L'action en partage est-elle une action réelle?, en "Rev. T. D. C.", 1949, p. 441, lo que se debatía en el caso era, ante todo, un problema de competencia y procedimiento.

[61] Como es sabido, el derecho romano conoció tres acciones mixtas: la *familiae erciscundae*, la *communi dividundo* y la *finium regundorum*. Pero los romanos hablaban de acciones y no de derechos. Para admitir hoy la idea de acciones (pretensiones) mixtas, habría que admitir la existencia de derechos mixtos. clasificación híbrida, sin contenido alguno. La literatura existente sobre acción (pretensión) de deslinde lo pone en evidencia. Así, FABRES, *La acción de deslinde*, en "Rev. D. J. A.", t. 6, p. 300; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La acción de deslinde en el Código Civil y en el nuevo Código Rural*, en "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 237. Asimismo, PARRA, *Acción de deslinde*, Maracaibo, 1941.

[62] Uruguay, art. 3; Luisiana, 4.

Pero la calidad de petitorio o posesorio del proceso deriva de la forma en que el legislador ha creído conveniente disciplinar la tutela del derecho. El proceso posesorio es, normalmente, abreviado y de trámites acelerados, tal como corresponde a la necesidad de amparar la posesión y, en más de un caso, el simple orden de cosas establecido, en forma inmediata, casi policial, contra cualquier clase de perturbaciones. Tales razones no corresponden al proceso en que se debate la propiedad[63].

Pero, a su vez, esta distinción entre *petición* (de la propiedad) y *amparo* (de la posesión) no atañe en sí misma al proceso, sino al derecho aducido por el actor. En otros términos: a la pretensión.

La clasificación de acciones en petitorias y posesorias es, pues, por una parte, una clasificación de procesos y, por otra, una clasificación de pretensiones[64].

51. ACCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS.

La distinción entre acciones públicas y privadas[65] no corresponde ni al derecho, ni a la pretensión, ni al proceso. Corresponde a la iniciativa de la demanda.

Por acciones públicas se entienden aquellas que son promovidas por los órganos del Poder Público, normalmente los agentes del Ministerio Público. Se trata, en la casi totalidad de los casos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de acciones penales[66]; pero también al-

[63] Así, con correcta fundamentación, el fallo que aparece en "Rev. D. J. A.", t. 32, p. 113.

[64] Es este último el sentido que se da a los vocablos en la doctrina dominante. Así PÉREZ, *Acciones posesorias y petitorias*, en "Rev. D. J. A.", t. 20, p. 9; ALSINA ATIENZA, *Acciones posesorias*, Buenos Aires, 1945; SPOTA, *La acción posesoria de obra nueva como medida cautelar*, en "J. A.", 1946-IV, p. 118; PIZARRO, *La acción de despojo. Sus fuentes en el derecho canónico*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", set.-oct. 1943, p. 843; SARAVIA, *El sentido de las acciones posesorias en el Código Civil*, en "Boletín del Instituto de Der. Civil", Córdoba, 1944, p. 175.

[65] Uruguay, Cód. Instruc. Crim., art. 2.

[66] Véase en este sentido, VIVAS CERANTES, *¿Acción pública o acción privada?*, en "Rev. D. J. A.", t. 5, p. 1.

gunas acciones de carácter civil, como las relativas al derecho de familia, tutela de los intereses de los trabajadores, etc., se promueven por iniciativa de los órganos del Estado. No se excluye, sin embargo, la posibilidad de que la acción promovida por un particular, pueda ser llevada adelante por el Ministerio Público[67].

Por acciones privadas se entiende, por oposición a las anteriores, aquellas en las cuales la iniciativa corresponde a los particulares, y sólo éstos pueden conducirlas adelante.

No nos hallamos, pues, en presencia, tampoco en este caso, de una clasificación de acciones, sino tan sólo de una de las manifestaciones de ella.

52. Acciones nominadas e innominadas.

Una tradición, muchas veces secular, ha venido dando a las pretensiones hechas valer judicialmente, nombres propios que corresponden con aproximación más o menos relativa, a los derechos que aduce tener el actor.

La acción reivindicatoria, las acciones posesorias, la acción negatoria, la acción pauliana, la acción simulatoria, la acción de investigación de la paternidad, la acción de nulidad, la acción de divorcio y tantas otras, han venido adquiriendo a lo largo del tiempo proverbial personalidad. Muchas de ellas conservan aún sus nombres latinos.

Por oposición a ellas, se admite la existencia de acciones innominadas, aquellas que no se caracterizan por particularidades específicas.

Como se comprende, luego de cuanto se ha expuesto en las páginas precedentes, esta clasificación resulta, desde nuestro punto de vista, tan artificial como las anteriores.

[67] Así, con correcta fundamentación, el fallo publicado en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 150.

Las acciones nominadas se refieren a veces al derecho, otras a la pretensión, otras al procedimiento, otras a la jurisdicción, etc. No es ésa, precisamente, una garantía para la validez científica de una clasificación, la cual, para ser tal, debe inspirarse en un único criterio clasificador.

Hechas las distinciones precedentes, entre derecho, pretensión y proceso, la acción, configurada como un derecho a provocar la actividad de la jurisdicción, no tiene ni necesita clasificaciones.

53. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

Con arreglo a todo cuanto queda expuesto, resulta útil subrayar que el instituto conocido con el nombre de acumulación de acciones[68], no es sino:

a) una acumulación de varias pretensiones en una misma demanda; o

b) una acumulación de varios procesos en uno solo, para ser decididos todos en una misma sentencia.

[68] Uruguay, arts. 287 y 770; JUSTO, *Acumulación de autos y de acciones*, en "La Ley", t. 2, ps. 62 y ss.; SILVA, *Acumulación de acciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 1, p. 447.

Capítulo III

LA EXCEPCIÓN*

§ 1. EL CONCEPTO DE EXCEPCIÓN

54. Diversas acepciones del vocablo.

En su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él.

En este primer sentido, la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado. Era éste el alcance del texto clásico *reus in exceptione actor est*[1].

* BIBLIOGRAFÍA: Alsina, *Excepciones y defensas*, en "Rev. D. P.", 1949, I, p. 3; Bolaffi, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936; Bülow, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, 1868; Carré, *Histoire de l'exception*, Paris, 1888; Chiovenda, *Sulla eccezione*, en "Riv. D. P. C.", 1937, I, p. 137, y en *Saggi*, t. I, p. 149; Cuello Serrano, *Concepto de las excepciones*, en "Rev. de la Universidad de Guayaquil", enero-abril 1943, p. 70; Escobedo, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927; Langheineken, *Anspruch und Einrede*, 1903; Lascano, *Las excepciones y nuestro derecho positivo*, en "J. A.", t. 76, sec. doct., p. 35; Loreto, *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, Caracas, 1940, y en "Antología Jurídica", Bs. As., 1941; Miguel y Romero, *Antiguo y moderno concepto de la excepción*, en "Rev. G. L. y J.", t. 154, p. 258; Pagenstecher, *Über die Eventualaufrechnung im deutschen Zivilprozessrecht*, 1916; Rossi, *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*, Roma, 1924, § III; Seco Villalba, *El derecho de defensa. La garantía constitucional de la defensa en juicio*, Buenos Aires, 1947.

[1] Ulpiano, *Digesto*, 44, I, 1.

Una segunda acepción del vocablo alude a su carácter material o sustancial. Se habla así, por ejemplo, de excepción de pago, de compensación, de nulidad. Debe destacarse, también en este sentido, que tales excepciones sólo aluden a la pretensión del demandado y no a la efectividad de su derecho. Mediante ellas, el demandado pretende que se le libere de la pretensión del actor, en razón de que el pago, la compensación, la nulidad hacen inexistente la obligación.

En un tercer sentido, excepción es la denominación dada a ciertos tipos específicos de defensas procesales, no sustanciales, dilatorias, perentorias o mixtas, mediante las cuales el demandado puede reclamar del juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestarla.

La primera de las acepciones mencionadas equivale a *defensa*, esto es, conjunto de actos legítimos tendientes a proteger un derecho. La segunda equivale a *pretensión*: es la pretensión del demandado. La tercera equivale a *procedimiento*: dilatorio de la contestación, perentorio o invalidatorio de la pretensión; mixto de dilatorio y perentorio.

En las páginas sucesivas, salvo mención expresa en sentido contrario, el vocablo "excepción" está tomado en el primero de sus significados.

55. PARALELISMO DEL TEMA DE LA ACCIÓN Y DE LA EXCEPCIÓN.

El tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción.

La acción, como derecho a atacar, tiene una especie de réplica en el derecho del demandado a defenderse. Toda demanda es una forma de ataque; la excepción es la defensa contra ese ataque, por parte del demandado.

Si la acción es, como decíamos, el sustitutivo civili-

zado de la venganza, la excepción es el sustitutivo civilizado de la defensa.

La diferencia que existe entre acción y excepción, entre ataque y defensa, es que en tanto el actor tiene la iniciativa del litigio, el demandado no la tiene y debe soportar, a su pesar, las consecuencias de la iniciativa del demandante. Existe para él una verdadera *necessitas defensionis*.

El derecho de defensa en juicio se nos aparece, entonces, como un derecho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción del demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda[2].

56. LOS PROBLEMAS DE LA EXCEPCIÓN.

La excepción plantea a la doctrina, como temas fundamentales, las cuestiones de saber si ella constituye en sí misma un atributo del derecho o si, por el contrario, consiste en una potestad autónoma de actuar en juicio.

Aunque la doctrina ha destinado a este tema una atención mucho menor que a la acción, es posible señalar de qué manera a cada una de las posiciones respecto del problema de la acción, corresponde una actitud semejante en lo relativo a la excepción.

La definición clásica de la acción, según la cual ésta es "el medio legal de pedir lo que es nuestro o se nos debe", corresponde a otra de la excepción, configurada como "medio legal de destruír o aplazar la acción intentada"[3]. La noción que considera el derecho y la acción como una unidad jurídica mirada tan sólo en dos aspectos distintos, admite paralelo con una noción también sustantiva de la excepción. A la teoría de la acción como derecho concreto corresponde en cierto modo la teoría

[2] *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 30.

[3] Uruguay, art. 244; Bolivia, 72; antes, Santa Cruz, 164; Ecuador, 100; Luisiana, 330; Panamá, 486, con diferente definición; Guatemala, 567.

también concreta de la excepción, configurada como "contraderecho". Y, por último, la teoría del derecho genérico de obrar, cuando proyecta sus principios hacia el tema de la excepción, la configura como una potestad jurídica de defensa adjudicada aun a aquellos que carecen de un derecho legítimo a la tutela jurídica.

Intentaremos desarrollar este paralelo.

§ 2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

57. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL.

A la concepción ya expuesta de que la acción es un atributo propio del derecho, vale decir, la calidad del derecho que le faculta para ir a la lucha judicial, se añadió también tradicionalmente que la excepción era un atributo propio del derecho que le permitía defenderse en la lucha judicial.

Los dísticos "el juez de la acción es el juez de la excepción", o "tanto dura la acción tanto dura la excepción", etc., reflejan claramente esta manera de encarar el tema.

Esta actitud se reflejaba, además, en la propia terminología.

A las acciones que llevaban el mismo nombre que el derecho, también correspondían excepciones con el mismo nombre. La acción de reivindicación era repelida, p. ej., con la excepción de prescripción; la acción de filiación, con la excepción *plurium connubium*; la acción de cobro, con la excepción de pago; etc.

Esta terminología sobrevive y las facilidades de manejo que ella depara en la experiencia jurídica, tanto en la escuela como en el foro, aseguran su supervivencia por largo tiempo.

A tal punto ha sido dominante este paralelo entre acción y excepción, que la imagen guerrera de la escuela

francesa de que la acción era *le droit casqué et armé en guerre* tuvo su réplica en el dístico, no menos gráfico, de que la excepción era un derecho *qui a perdu l'épée mais le bouclier lui reste.*

58. AUTONOMÍA DE LA EXCEPCIÓN.

Un acontecimiento científico análogo a la ya recordada disputa acerca del contenido de la acción, se produjo, también en Alemania, al publicarse un famoso libro acerca del contenido de la excepción.

En dicho libro[4] se hace, por primera vez en el campo de la doctrina, una distinción entre *excepción* y *presupuestos procesales.* La primera es, como en el concepto tradicional, un medio de defensa que ejerce el demandado; pero los segundos son, como se verá más adelante, supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. Como tales, no sólo pueden ser aducidos por las partes, sino también por el tribunal, *ex officio.*

El paralelo de este nuevo concepto con el de acción, fue subrayado nítidamente por WACH[5], quien, a continuación de su idea de la acción como pretensión a la tutela jurídica, habló de "un interés del demandado a la tutela jurídica que rechace la acción infundada".

59. PRINCIPALES ORIENTACIONES MODERNAS.

Las orientaciones denominadas *concreta* y *abstracta* de la acción[6] tienen manifestaciones análogas en materia de excepción.

[4] BÜLOW, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, 1868.

[5] WACH, *Handbuch*, cit., p. 19. Más tarde, siguiendo este mismo derrotero, LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 1903, y KOLOSSER, *Die Verjährung der Einreden*, Erlangen, 1913.

[6] *Supra*, nº 39.

También se habla de la excepción como un poder jurídico concreto, vale decir, como un atributo del demandado a quien el actor conduce sin motivo hasta el tribunal, y que pretende que la pretensión del demandante sea desechada. Se habla, entonces, de un *contraderecho*: el contraderecho del demandado en oposición al derecho que pretende el actor[7].

Por razones análogas, la doctrina que considera la acción como un derecho abstracto de obrar, también considera que es un derecho abstracto la excepción. Rechaza esta doctrina la idea de contraderecho. El demandado, se sostiene, no tiene ningún derecho contra el actor. Sólo tiene derecho a su libertad, a que la sentencia rechace la demanda devolviéndole la libertad de que disfrutaba antes del proceso[8].

El demandado, para esta concepción, no aspira tanto a que se reconozca su derecho propio, como a excluír el derecho ajeno. Su pretensión, más que nada, es afirmación de libertad jurídica.

60. ALCANCE DE ESTAS TENDENCIAS.

También aquí cada una de estas tendencias corresponde a particulares modalidades de observación, de experiencia, de cultura. Podemos decir que en esta materia una concepción rigurosa de la excepción debe ser subordinada al conjunto de ideas sobre las cuales trabaja cada uno de nosotros. El panorama de la acción se reproduce respecto de la excepción.

Trataremos, pues, sin intransigencias innecesarias,

[7] Así, CHIOVENDA, *Istituzioni*, p. 304; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit. En el prólogo de este último libro, CHIOVENDA ha puntualizado su tesis. Luego este prólogo apareció publicado con título *Sulla eccezione*, en "Riv. D. P. C.", 1927, I, p. 137, y en *Saggi*, t. 1, p. 149. En la traducción española, Buenos Aires, 1949, de este último libro, aparece en el t. 1, p. 263.

[8] CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, en "Riv. D. P. C.", 1933, I, p. 32; ídem, *Sistema*, t. 1, p. 414; BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, esp. ps. 100 y ss.

de reconstruír nuestro pensamiento en este orden de cosas, limitándonos a determinar la naturaleza y el lugar de la excepción, dentro del conjunto de fenómenos jurídicos del cual esta institución forma parte.

§ 3. LA EXCEPCIÓN COMO DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

61. Acción y excepción.

Por la misma razón por la cual, en materia de acción, hemos procurado un fundamento común a la demanda triunfante y a la demanda rechazada, en materia de excepción nos vemos en la necesidad de hallar un fundamento común a la defensa acogida en la sentencia y a la defensa desestimada por ella.

Si la acción es un puro derecho a la jurisdicción, que compete aun a aquellos que carecen de un derecho material efectivo que justifique una sentencia que haga lugar a la demanda, también debemos admitir que disponen de la excepción todos aquellos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse.

Para poder oponerse a una demanda no se necesita tener razón. El demandado también puede actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el trascurso del juicio, para detener o para no dar andamiento a su oposición, sino que se actúa tal como si el derecho a oponerse fuera perfecto, hasta el momento de la sentencia.

El demandado, con razón o sin ella, reclama del juez que se le absuelva de la demanda; nadie puede privarle de ese derecho. Las consecuencias de esta actitud son graves y el demandado las asume bajo su responsabilidad y con consecuencias. Pero ello atañe a la moral

del proceso y a sus derivaciones jurídicas; lo que aquí se estudia es la ontología, no la ética.

62. DERECHO DE DEFENSA Y EXCEPCIÓN EN SENTIDO GENÉRICO.

Siendo así, se percibe con cierta claridad que la excepción, en sentido amplio, en sí misma, no es tanto el derecho sustancial de las defensas como el derecho procesal de defenderse.

En esta materia, como en tantas otras, las clasificaciones del derecho y los términos con que habitualmente nos entendemos, evidencian su imperfección. En verdad, no habría por qué llamar *procesal* al derecho de defenderse y material o sustancial al derecho defendido. En cierto modo, el derecho de defenderse es un derecho sustancial; y en muchos aspectos lo es más que el derecho debatido en juicio. Pero es su ejercicio en un proceso lo que hace que en esta materia, como en otras, utilicemos la tan artificial distinción del derecho procesal y del derecho material. Tanto el actor, mediante la acción, como el demandado, mediante la excepción, tienen un derecho al proceso; y es a éste al que, en ambos casos, nos deseamos referir.

Un derecho de defensa genéricamente entendido, corresponde a un derecho de acción genéricamente entendido. Ni uno ni otro preguntan al actor o al demandado si tiene razón en sus pretensiones, porque eso sólo se puede saber el día de la cosa juzgada. También los demandados pueden ser maliciosos y temerarios; pero si a pretexto de que sus defensas son temerarias o maliciosas les suprimiéramos su derecho de defenderse, habríamos anulado, haciendo retroceder un largo y glorioso trayecto histórico, una de las más preciosas libertades del hombre.

Excepción es, pues, en nuestro concepto, el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que

el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.

Este concepto requiere ser desarrollado para su debida comprensión.

63. CONTENIDO DE LA EXCEPCIÓN.

El punto de partida, en el estudio de la excepción, es aquel en el cual, formulado el reclamo a la autoridad, el poder público advierte que es esgrimido no sólo ante él, sino que, en caso de ser admitido, ha de penetrar en la esfera jurídica de un tercer sujeto de derecho.

El problema de la justicia se desplaza, entonces, del reclamante al reclamado. Ya no se trata de determinar en qué medida corresponde al actor la libertad de comparecer ante la autoridad, sino de saber cuál debe ser el comportamiento de la autoridad frente al demandado.

El precepto *audiatur altera pars* aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteralidad o bilateralidad[9]. El principio de que "nadie puede ser condenado sin ser oído" no es sólo una expresión de la sabiduría común. Es una regla necesaria del derecho procesal civil[10].

Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* de la defensa. Entre la libertad de acudir a la autoridad de parte del actor y la libertad de defenderse del demandado, existe un paralelo tan íntimo que constituye la estructura misma del proceso. El actor acciona; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que sólo en la sentencia se sabrá si su reclamación es fundada. El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que sólo en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada. Por la misma razón por la cual no se puede repeler de

[9] DEL VECCHIO, *La justicia*, trad. esp., Madrid. 1925. p. 72; ídem, *Dos ensayos*, trad. esp., México, 1943, p. 29.

[10] *Infra*, nº 116. Su justificación histórica en MILLAR, *Los principios formativos del proceso civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1945, § 2.

plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa. Por la misma razón por la cual es menester asegurar al actor los medios de reclamo ante la autoridad, es menester asegurar al demandado los medios de desembarazarse de él.

Esta nota peculiar del derecho procesal debe ser examinada, por esta vez con alguna ayuda del método histórico, en su significado político.

64. CARÁCTER CÍVICO DE LA EXCEPCIÓN.

Esta estructura necesaria del proceso civil es un instrumento de la libertad civil.

El precepto *audiatur altera pars* existió siempre en el derecho clásico. Pero en la Carta Magna adquiere su verdadera significación de orden político.

Su formulación es, entonces, la siguiente: "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuleter, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi *per legale judicium parium suorum vel per legem terre*".

Este texto constituyó, en su momento, el apotegma de la libertad civil[11]. Pero juzgado con el espíritu de nuestro tiempo y tratando de medir su justo significado técnico, se advierte el carácter *procesal* de sus dos garantías principales.

El *legale judicium parium suorum* configura las garantías de un proceso con garantías de defensa y ante juez competente. Nuestros textos actuales que obligan al actor a acudir, en las demandas personales, al juez del fuero del demandado, tienen que inclinarse, como ante un remoto predecesor histórico, ante este derecho configurado políticamente, de ser juzgado solamente por el juez natural, el de la misma condición.

[11] Véase el estudio de C. H. Mc. ILWAIN, *Due process of law in Magna Carta*, publicado en *Selected Essays on Constitutional Law, compiled and edited by a Committee of the Association of American Law Schools*, Chicago, 1938, t. 1, p. 174.

El *judicium per legem terre* constituye, en el derecho moderno, la garantía de la ley preexistente. La ley de la tierra es la ley preestablecida, aquella a la cual el individuo ajusta su conducta en la vida. Sólo por infringir esa ley se puede sufrir castigo.

El derecho a defender lo que la ley de la tierra asegura, ante el juez competente, en un proceso con garantías de defensa, constituye un juego de garantías procesales de carácter fundamental o cívico, porque ellas incumben a cualquier sujeto de derecho en razón de su calidad de tal[12].

65. "LAW OF THE LAND" Y "DUE PROCESS OF LAW".

La garantía procesal constituída por la necesidad de aplicar la ley de la tierra, fue recogida en las primeras Constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estados Unidos. Las de Maryland, de Pennsylvania y de Massachusetts[13] recogieron en una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (*due process of law*).

Más tarde, las Enmiendas V y XIV a la Constitución de Filadelfia[14] habrían de recoger ese texto expreso.

Entre *law of the land* y *due process of law* no media sino una instancia de desenvolvimiento. El concepto específicamente procesal de la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución.

[12] Así, con correcta motivación, fallo de la S. Corte, en "L. J. U.", t. 15, p. 114, caso 4051.

[13] El estudio de los antecedentes norteamericanos del *due process* ha sido minuciosamente realizado por CORWIN, *The doctrine of due process of law before the civil war*, en *Selected Essays*, cit., t. I, p. 203.

[14] Enmienda V: "... nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". Enmienda XIV: "Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal, ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna, la igual protección de las leyes".

Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra; se habla de un "debido proceso legal" como de una garantía que comprende el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos tuvo que establecer en qué consistían estas garantías del proceso debido y de la ley de la tierra ha dicho: "Determinando lo que es el *due process of law* en las Enmiendas V y XIV, la Corte debe referirse a los usos establecidos, a los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en este país"[15].

Y en otro caso: "el lenguaje de la Constitución no puede ser interpretado sanamente sino por referencia al *common law* y a las instituciones británicas, tal como existían en el momento en que la Constitución fue redactada y adoptada"[16].

A partir de la Enmienda V la fórmula *law of the land*, trasformada ya en *due process of law*, comenzó su recorrido triunfal por casi todas las Constituciones del mundo y especialmente las americanas. El concepto *procedimiento legal* fue considerado desde entonces como la garantía esencial del demandado, de la cual ninguna ley podrá privarle.

La garantía de orden estrictamente procesal ha

[15] Tumey *v.* State of Ohio (47 U. S., 437). Para su explicación, E. LAMBERT, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des États-Unis*, public. en *Mélanges Maurice Hauriou*, p. 15 de la separata. La copiosa jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en esta materia, ha sido reunida en el volumen *The Constitution of the United States of America*, edición oficial, Government Printing Office, Washington, 1938. Existe una reciente traducción castellana, Buenos Aires, 1949. En nuestro derecho debe subrayarse la importancia de la obra de LINARES, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944.

[16] Ex parte Grossman (45 U. S., 332); LAMBERT, *op. cit.*, p. 15.

venido a trasformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de defensa en juicio consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley[17].

La garantía del debido proceso no se agota, por supuesto, en el estudio de la excepción. Requiere, también, el examen del proceso, al cual se destinará el capítulo siguiente. La Suprema Corte de los Estados Unidos le ha llamado genéricamente, la garantía *his day in Court*: su día ante el tribunal[18].

Entretanto, para cerrar esta exposición en forma paralela a la de la acción y como complemento de cuanto acaba de exponerse, debe examinarse el problema de la clasificación de las excepciones. Debemos advertir, sin embargo, que en esta materia la clasificación tradicional está mucho menos cargada de reminiscencias de derecho civil y que los conceptos procesales han tenido una influencia predominante.

§ 4. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

66. VALOR DE LA CLASIFICACIÓN.

No obstante cuanto acaba de exponerse, la clasificación tradicional de las excepciones estará impregnada de elementos que no corresponden al derecho procesal.

Así, en el derecho romano, las excepciones aludían al derecho aducido por el demandado. La *exceptio doli*, la

[17] Para una exposición más amplia de este tema, nos remitimos a cuanto hemos dicho en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios*, cit., t. 1, p. 19.

[18] WILLOUGHBY, *The constitutional law of the United States*, t. 3, p. 1709. También, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 59. Véase, asimismo, *infra*, nº 116.

exceptio pacti conventi, la *exceptio quod metus causa*, la *exceptio non adimpleti contractus*, constituyen otras tantas razones del demandado, apoyadas en circunstancias de hecho o de derecho que autorizarían el rechazo de la demanda.

Pero como no todas las excepciones son fundadas, puesto que muchas de esas defensas son rechazadas en la sentencia, cabe subrayar, como lo hicimos en la anterior oportunidad, que la clasificación no es, virtualmente, una clasificación de excepciones, sino de pretensiones.

De la misma manera, en el derecho moderno, se habla de excepción de prescripción, de caducidad, de nulidad, de pago, de novación, etc., para referirse a pretensiones del demandado en las cuales la prescripción, la caducidad, la nulidad, el pago, la novación, etc., justifican el rechazo de la demanda.

Siendo la excepción, dentro del concepto que hemos expuesto oportunamente[19], el derecho procesal de defenderse y no el derecho material de las defensas, estas clasificaciones tradicionales deben ser reconsideradas.

67. EXCEPCIONES Y PRESUPUESTOS PROCESALES.

Existe un punto que es anterior a toda clasificación de excepciones.

Se trata de la distinción, hoy admitida por la doctrina luego de prolongados debates, de presupuestos procesales, por una parte, y excepciones propiamente dichas, por otra[20].

Pueden definirse los presupuestos procesales, tal como lo hemos anticipado, como aquellos antecedentes

[19] *Supra*, nº 61.

[20] Como es notorio, esta distinción fue originalmente hecha por BÜLOW, *Die Lehre von dem Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868. Se ha iniciado la traducción española por ROSAS LICHTSCHEIN, en el "Boletín del Instituto de Derecho Procesal". Santa Fe, 1952, p. 59.

necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal.

Un juicio seguido ante quien ya no es juez, no es propiamente un juicio defectuoso, sino que es un no juicio, un juicio inexistente; un juicio seguido por dos incapaces no es tampoco un juicio, sino una serie de hechos privados de eficacia jurídica. La investidura del juez y la capacidad de quienes están en juicio son dos presupuestos procesales, porque constituyen esa especie de mínimum necesario para que el juicio exista y tenga validez formal. La doctrina ha convenido en llamarles presupuestos, o sea, supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él.

Pero admitida la noción de presupuestos procesales en forma poco menos que unánime y levantando apenas resistencias aisladas[21], la doctrina tuvo necesidad de distinguir de entre el conjunto de presupuestos procesales, aquellos que son necesarios para que una sentencia sobre el fondo del asunto pueda ser pronunciada. Se habló, entonces, de "presupuestos de la decisión sobre el mérito del juicio"[22].

68. El concepto de presupuestos procesales.

En repetidas oportunidades hemos debido confrontar el concepto de presupuestos procesales para adaptarlos a las exigencias de la experiencia, habiendo podido comprobar su fecundidad. Ya sea para examinar los problemas derivados de la incompetencia absoluta[23], o el

[21] INVREA, *Contro i presupposti processuali*, en "Riv. D. P. C.", 1931, p. 100. Con relación a la competencia como presupuesto, véase nuestra nota en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 205.

[22] GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht*, 1905, ps. 10 y 60. Este trabajo ha sido traducido en "Rev. D. P.", 1946, I, p. 1. Posteriormente también en *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf*, en "Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi", t. 13, fasc. 4, p. 255.

[23] *La competencia como presupuesto procesal*, en "Rev. D. J. A.", t. 47, ps. 115 y 215.

agotamiento de la vía administrativa en las acciones ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo[24] o la individualización del inmueble en el juicio de expropiación[25], etc.

Pero a medida que se avanza en este terreno, más se advierte que una idea unitaria, que abarque todos los presupuestos que dicen alguna relación con el proceso, resulta insuficiente si no se formulan algunas distinciones necesarias.

Los escritores alemanes que trabajaron por primera vez con estos conceptos[26], distinguieron apenas entre presupuestos de admisibilidad de la demanda y presupuestos del fundamento de la demanda. Pero la distinción debe precisarse aún más y llevarse adelante.

En el estado actual de nuestras reflexiones creemos conveniente distinguir: a) presupuestos procesales de la acción; b) presupuestos procesales de la pretensión; c) presupuestos de validez del proceso; d) presupuestos de una sentencia favorable.

69. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN.

Son presupuestos de la acción, en nuestro concepto, los presupuestos procesales *stricto sensu*, o presupuestos procesales propiamente dichos.

Así, por ejemplo, la capacidad de las partes y la investidura del juez son condiciones mínimas de procedibilidad. Los incapaces no son hábiles para accionar, para comparecer en juicio. Lo que ellos hagan no será acción, ni proceso. Los no jueces no tienen jurisdicción; quienes acudan ante ellos no lograrán nunca hacer nada que llegue a adquirir categoría de acto jurisdiccional.

[24] *El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal*, en "Rev. D. J. A.", t. 52, p. 257.

[25] *Alcance y significado del acto administrativo que determina el inmueble a expropiarse. Nulidad procesal y presupuestos procesales*, en "Rev. D. P. P.", t. 42, p. 323.

[26] Así, HELLWIG, *System*, t. 1, p. 247.

No es tan claro, en cambio, aunque la tesis haya tenido importantes decisiones judiciales en su favor[27], que la incompetencia absoluta constituya ausencia de presupuesto procesal. Pero la respuesta que se dé a este problema depende, en todo caso, del derecho positivo y de su particular formulación. En nuestro derecho, aun reputando dudoso el punto, nos hemos inclinado por la afirmativa[28].

Podemos definir, pues, este primer grupo de presupuestos procesales, como aquellos cuya ausencia obsta al andamiento de una acción y al nacimiento de un proceso[29].

70. Presupuestos procesales de la pretensión.

El segundo grupo está constituído, en nuestro concepto, por los presupuestos procesales de la pretensión.

La pretensión procesal es, como ya se ha visto, la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado. Los presupuestos procesales de esa pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, como en la posibilidad de ejercerlo.

Así, por ejemplo, si ha habido caducidad del derecho; o no se ha agotado la vía administrativa; o el pretensor aduce su propia falta, en contravención al precepto *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; la pretensión no puede prosperar. No está en juego, como se ve, la acción procesal. Tampoco está en juego el derecho sustancial, que podría ser fundado en más de un caso. Lo que está en juego es la inadmisibilidad de la

[27] Así, el fallo del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno, en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 115.

[28] En la nota ya citada, publ. en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 215. Véase, sin embargo, "Rev. D. J. A.", t. 34, p. 205.

[29] Cfr. Machado Guimaraes, *A instancia e a relação processual*, Río de Janeiro, 1939, p. 61, analiza los que él denomina "presupuestos procesales y condiciones de acción"; pero los vocablos tienen en ese estudio un sentido diferente.

pretensión. Como hemos tratado de demostrarlo oportunamente[30], no debe confundirse la acción con la pretensión ni con el derecho. Aquí la pretensión, como mero hecho procesal, queda colocada como centro de toda la construcción.

Puede acontecer que, como sucede en buena parte de los códigos de Hispanoamérica, el derecho positivo carezca del instrumento procesal idóneo para debatir *in limine litis* este punto y la decisión deba postergarse para la sentencia definitiva. El derecho brasileño tiene el *despacho saneador*[31]; el derecho francés, el *fin de non recevoir*; el derecho angloamericano, el *demurrer*, institutos reiteradamente citados en este libro cuya finalidad es evitar el proceso cuando la pretensión es inadmisible.

La falta de estos instrumentos constituye una seria dificultad en nuestro derecho. La caducidad de la pretensión de investigación de la paternidad, por ejemplo, tiene por objeto evitar el escándalo del proceso bajo ciertas condiciones; pero acontece que el proceso no se ahorra. Caducada la pretensión, la demanda debe ser rechazada sin entrar a examinar el mérito del asunto. Pero tal cosa sucede en la sentencia definitiva, cuando ya se ha consumado el escándalo del proceso y se ha producido toda la prueba de los hechos que la justicia no quería conocer.

71. Presupuestos de validez del proceso.

Un fallo de nuestra Suprema Corte[32] ha considerado que un emplazamiento válido constituye un presupuesto procesal.

La tesis debe examinarse con cierto cuidado. *Prima*

[30] *Supra*, nº 41.

[31] Sobre este interesante instituto, recientemente, LACERDA, *Despacho saneador*, Porto Alegre, 1953, con abundante bibliografía sobre el tema.

[32] "L. J. U.", t. 6, p. 187.

facie la aseveración es correcta. El art. 311, C.P.C., dispone que todo cuanto se haga en contra de las formas establecidas por la ley para realizar el emplazamiento del demandado, apareja nulidad del mismo. Hasta aquí la tesis parece correcta. Lo que es nulo provoca la invalidez formal de todos los actos dependientes y subsiguientes.

Pero el problema se hace mucho más dudoso, cuando la nulidad pudo haber sido impugnada por la parte y no lo fue. Entonces el principio derivado de la falta de un presupuesto procesal entra en conflicto con el principio de convalidación. La parte que pudo impugnar la nulidad y no lo hizo, valida el acto con su consentimiento. Pero los presupuestos procesales, como se verá de inmediato, se hallan fuera de la voluntad de las partes y pueden ser invocados de oficio aun en los casos en que la parte interesada no se prevalga de esa defensa. Aquí ocurriría, en cambio, que el juez podría aducir la ausencia del presupuesto procesal del emplazamiento válido, sólo en el caso de que la parte, con su consentimiento expreso o tácito, no hubiera convalidado la nulidad de que adolece el acto.

La experiencia que el caso deja, aun con esta salvedad, es que el concepto de presupuestos procesales puede ser extendido en la forma en que lo ha hecho el fallo. Si por definición, son presupuestos procesales aquellas circunstancias sin las cuales el proceso carece de existencia jurídica o de validez formal, lo menos que se puede deducir es que un proceso nulo por vicio de forma cabe dentro de esa definición.

Será menester, en consecuencia, extender el concepto en el sentido de sostener que el juez que, al dictar su fallo, halle ante sí un proceso nulo, que no ha sido objeto de convalidación por la parte a quien el vicio perjudica, queda relevado de dictar sentencia sobre el mérito, en razón de adolecer la causa de un vicio que impide, por ausencia del presupuesto procesal de validez de los actos del proceso, examinar el derecho en discusión.

72. PRESUPUESTOS DE UNA SENTENCIA FAVORABLE.

La teoría que reconoce la existencia de presupuestos de una sentencia favorable a la que ciertos autores ya citados prestan acatamiento, constituye un alargamiento muy provechoso de este concepto. Pero lo que está por demostrarse es que los presupuestos de una sentencia favorable sean propiamente presupuestos *procesales*.

En cierto modo, para tener una sentencia a favor no hay mejor presupuesto que un buen derecho. Sin él no habrá nunca un tribunal que llegue, en un Estado en que impere el principio de legalidad, a privar a un ciudadano de lo que es suyo o a atribuír a otro ciudadano lo que no le pertenece, salvo, por supuesto, el error[33].

Pero esta concepción es elemental y constituye sólo el punto de partida del cometido de la jurisdicción.

Supongamos que un acreedor deja vencer el término probatorio sin suministrar la prueba de su crédito. Quiéralo o no, el tribunal no tendrá más remedio que rechazar su pretensión aunque la considere fundada. Supongamos, asimismo, que el demandado, que ha pagado efectivamente la deuda, ni invoca el pago ni prueba la extinción de la obligación. En ninguna de ambas hipótesis será posible al tribunal, aunque le consten los hechos por ciencia propia, dictar sentencia favorable al actor o al demandado respectivamente.

La invocación correcta del derecho, en ciertas situaciones, y la prueba del mismo cuando la ley lo requiere, no son en verdad presupuestos sustanciales de una sentencia favorable. Los presupuestos sustanciales son los que dicen relación con la calidad de acreedor o de pagador. Lo que obsta, en los ejemplos, a una sentencia favorable, son las circunstancias procesales de no haber probado el crédito o de no haber aducido ni justificado el pago en el proceso concreto en que una y otra circunstancia se producen. Ambas caben, pues, dentro del

[33] *Infra*, nos. 196 y 311.

concepto de presupuestos procesales *lato sensu* de una sentencia a favor del pretensor.

No es fácil hacer una enumeración precisa de cuáles son los presupuestos procesales de una sentencia favorable. La idea se halla aún en sus comienzos y no ha adquirido pleno desenvolvimiento. Pero tomando punto de partida en los ejemplos, podría afirmarse que en los casos propuestos son presupuestos de esta índole, una correcta invocación del derecho y la prueba del mismo en los casos en que la ley pone sobre el pretensor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión; en otras palabras, de su condición de acreedor[34]. Si no satisface esa exigencia que la ley pone de su cargo, omite la realización de algo que condiciona el reconocimiento de su derecho. Sin el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el tribunal no podrá emitir sentencia a su favor. Aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento.

En la hipótesis del demandado que no invoca ni prueba el pago, militan las mismas circunstancias. Pero esa misma hipótesis sirve para formular dos aclaraciones necesarias.

Una es que la invocación correcta del derecho es un presupuesto procesal en aquellos casos en los cuales el juez no puede aducirlo de oficio. En las situaciones en que se aplica el precepto *jura novit curia*[35] la invocación del derecho no es un presupuesto procesal. La referida máxima, según la cual "el derecho lo sabe el juez", supone, como se verá oportunamente, que los tribunales no están ligados a la ignorancia, al error o a la omisión de las partes en lo que atañe a la aplicación del derecho. Pero acontece que hay situaciones en las cuales el juez no puede suplir la omisión de las partes. Tal es el caso,

[34] *Infra*, nos. 152 y ss.
[35] *Infra*, nº 181.

frecuente en la mayoría de las legislaciones, de la excepción de prescripción, que no puede hacerse valer *ex officio*. En ese caso, es correcto hablar de una invocación de esa defensa, como un presupuesto procesal a una sentencia favorable a la declaración de prescripción.

Todavía sirve la misma hipótesis como ejemplo para el otro presupuesto procesal, el relativo a una adecuada prueba del derecho. Si en el caso, ni el actor ni el demandado produjeran la prueba de su derecho, el demandado puede salir absuelto a pesar de su omisión o de su error. Si el actor, teniendo sobre sí la carga de la prueba del crédito, no demuestra la existencia del mismo, el demandado debe ser absuelto, aunque nada haya dicho ni probado.

Los presupuestos de una sentencia favorable al acreedor, invocación del derecho y prueba del mismo, son a la vez circunstancias que favorecen al demandado en caso de omisión del actor. Entre un actor y un demandado omisos en satisfacer la prueba, vence el demandado y no el actor, si sobre éste pesa la carga de la prueba.

Puede resumirse, pues, este punto diciendo: la invocación del derecho, cuando ella es indispensable, y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable. No alcanza, como dice el precepto de la sabiduría popular, con tener derecho: es preciso también saber demostrarlo y probarlo.

73. INTERÉS DE LA TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

Se ha dicho[36] que la teoría de los presupuestos procesales es hoy un objeto que debería conservarse en una vitrina de museo.

[36] CARNELUTTI, en su apostilla publ. en "Rev. D. P.", 1952, I, p. 152.

La observación, acaso válida en el ámbito de la doctrina italiana en la cual fue formulada, no lo es n el resto de la doctrina europea y mucho menos en la americana. Creemos que fue en la primera edición de este libro, en 1942, donde apareció por primera vez el concepto, implantado en una concepción general del derecho procesal americano. No fue eso un mérito, por supuesto, ya que esa teoría estaba ampliamente desenvuelta en el pensamiento de nuestros maestros europeos. Pero nadie podrá desconocer que no sólo en el campo de la doctrina sino también y muy especialmente en el de la jurisprudencia, esta concepción ha tenido extraordinaria resonancia. Día a día los fallos judiciales se hacen cargo de este pensamiento y lo utilizan en sus motivaciones[37].

Cuando un concepto de doctrina resulta de tal manera fecundo y aprovechable por los jueces, es porque todavía, en ese ambiente, está cumpliendo una verdadera función jurídica.

Conviene, pues, dejar para más adelante la instalación en el museo.

Las confusiones de la doctrina y de la jurisprudencia sobre este particular son muy acentuadas y han conducido a frecuentes perturbaciones. No es la menor de ellas, la que hace pensar a los litigantes que el juez decide *ultra petita* y se sustituye a la parte, cuando se rehusa a admitir una demanda que carece de algunos de los elementos esenciales requeridos para su validez[38].

Sin embargo, nada es más natural y lógico que el juez actúe de tal manera. Los presupuestos son, como se ha dicho, circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la de-

[37] Cfr., p. ej., los fallos publicados en "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 335; t. 47, ps. 115 y 215 (antes, erróneamente, t. 31, p. 135); "L. J. U.", casos 1273, 1311, 1893, 2320.

[38] Así ocurre, por ejemplo, con MARQUEZ CABALLERO, *Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil*, en "Rev. D. P. esp.", 1945, p. 15. La mayoría de las nulidades enunciadas en su estudio constituyen faltas de presupuestos procesales.

fensa. Y para ello no se requiere alegación de parte, porque no está en las facultades del magistrado atribuírse una competencia que la ley no le ha dado, dotar a los litigantes de una capacidad de la que la ley les ha privado, atribuírles calidades que no les competen, o acoger pretensiones inadmisibles o dictar sentencias favorables cuando aquellos a quienes benefician no han satisfecho las condiciones requeridas para su emisión.

74. LA EXCEPCIÓN COMO MEDIO LEGAL DE DENUNCIAR LA FALTA DE UN PRESUPUESTO PROCESAL.

Cuando se examina el problema de los presupuestos procesales en relación con el de las excepciones, se comprueba que en múltiples casos, la excepción es un medio legal de denunciar al juez la falta de presupuestos necesarios para la validez del juicio.

La falta de competencia se denuncia mediante la excepción de incompetencia; la incapacidad de las partes[39], o la defectuosa representación, mediante la excepción de falta de personería; la ausencia de formas en la demanda, mediante la excepción de defecto formal en el modo de preparar la demanda. Y así sucesivamente. Estas excepciones aparecen en todos los códigos, lo que pone de relieve la importancia de dichos requisitos para constituír un juicio válido.

Pero debe aclararse que tal relación no es constante. Por un lado, debe recordarse, una vez más, que los presupuestos procesales no necesitan excepción y pueden hacerse valer de oficio por el juez. Y por otro lado, debe también recordarse que existen numerosas excepciones, que no son denuncia de falta de presupuestos. Así, por ejemplo, es evidente que la excepción de arraigo que muchos de nuestros códigos recogen todavía, no procura denunciar la falta de un presupuesto procesal, porque

[39] Correcta aplicación frente a la incapacidad del actor, en "L. J. U.", t. 11, caso 1893, y t. 16, caso 2330.

bien puede realizarse un proceso válido sin que el demandado exija al actor fianza de arraigo.

En la doctrina más reciente y en el lenguaje de la jurisprudencia, los presupuestos procesales han sido denominados, además, cuestiones de procedibilidad, y se suponen vigentes tanto en materia civil como penal[40]. Últimamente, se ha preferido denominarles óbices de procedibilidad[41], con el objeto de subrayar el impedimento que su ausencia crea en el proceso.

Al mantener, por nuestra parte, el léxico de la doctrina dominante, lo hacemos por considerar que la falta de presupuesto no obsta al procedimiento, sino al proceso; y en cuanto a la segunda denominación, la descartamos porque lo que es un óbice es la falta de presupuesto y no el presupuesto mismo. Escogemos el anverso y no el reverso del instituto. Como la palabra lo dice, un pre-supuesto es un supuesto previo, una suposición necesariamente anterior a la presencia de un objeto, sin la cual éste no puede hacerse perceptible ante nosotros.

75. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES.

La doctrina europea había admitido, especialmente por parte de los autores alemanes e italianos, la clasificación entre excepciones en sentido sustancial y excepciones en sentido lato. Algunos escritores[42] hicieron penetrar dentro de estas dos categorías una tercera, un *quid medium*, consistente en aquellas situaciones en que la defensa impide el nacimiento de un derecho o destruye el derecho ya nacido; pero esto sólo ocurre mediando alegación de parte. Son impedimentos que operan *ipso jure*, pero sólo a petición de aquel a quien la defensa perjudica.

[40] Cfr., para la jurisprudencia uruguaya, "L. J. U.", t. 6, caso 1273; t. 6, caso 1311; "Rev. D. J. A.", t. 46, ps. 45, 73 y 95.

[41] GÓMEZ ORBANEJA, *La acción penal como derecho al proceso*, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, t. 32, p. 97.

[42] UNGER, *System*. II, § 124, p. 490.

Esta concepción fue rechazada[43] y no prevaleció. Sin embargo, en nuestros días ha vuelto a hallar defensores que en forma entusiasta han propugnado su adopción[44]. No ha sido fácil hallar en el derecho alemán e italiano, ejemplos de este tipo de defensa. Dentro de nuestro derecho podría hallarse un caso muy especialmente adaptado a esta situación en el art. 1318, C.P.C., según el cual la perención de la instancia se opera *ipso jure*, pero sólo puede decidirse a petición de parte.

Sin embargo, el carácter excepcional de la situación no insta a generalizarla ni a crear con ella una nueva categoría en la ya difícil agrupación de las excepciones.

76. DISTINTOS TIPOS DE EXCEPCIONES.

La clasificación más común de las excepciones, en el derecho de nuestros países, es la que distingue entre dilatorias, perentorias y mixtas[45].

Esta clasificación toma los distintos tipos de excepciones considerando su finalidad procesal, sus relaciones con el proceso, según tiendan a postergar la contestación de la demanda, que la ataquen directamente provocando una defensa sobre el fondo, o que mediante una simple cuestión previa se procure la liquidación total del juicio.

A la primera categoría pertenecen, según las definiciones corrientes, aquellas que tienden a dilatar o postergar la contestación de la demanda: incompetencia, litispendencia, defecto formal de la demanda, etc.

[43] FADDA y BENSA, en nota a la traducción italiana de las *Pandectas*, de WINDSCHEID, nueva edición, Torino, 1930, IV, p. 223.

[44] LA ROSA, *Per una triplice distinzione delle eccezioni*, en "Giurisprudenza Italiana", mayo 1954, p. 81.

[45] En un estudio de DE LA PLAZA, *Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro derecho positivo*, en "Rev. D. P. esp.", 1945, p. 29, se procura una revisión de esta clasificación tradicional. Pero el éxito de esa revisión no depende tanto de las fatigas del intérprete como de la diligencia del legislador. Para nuestra doctrina, LAGARMILLA, *Cuántas clases de excepciones hay. Oportunidad para oponerlas*, en "Rev. D. J. A.", t. 6, p. 114.

A la segunda, las que se emiten sobre el fondo mismo del asunto y se deciden en la sentencia definitiva: pago, compensación, novación, la llamada habitualmente *exceptio sine actione agit*, etc.

A la tercera, aquellas que, teniendo carácter previo a la contestación sobre el fondo, es decir, planteando una cuestión anterior al motivo mismo del juicio, proponen una defensa que, siendo acogida, pone fin a éste. Las excepciones mixtas tienen, se dice habitualmente, la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Son la cosa juzgada y la transacción[46].

77. EXCEPCIONES DILATORIAS.

Las excepciones dilatorias, tal como se hallan legisladas en nuestro derecho, corresponden al concepto de excepciones procesales existentes en el derecho común europeo antes del Código francés y derivadas del derecho romano[47].

Son defensas previas, alegadas *in limine litis*, y que, normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a corregir errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de preparar la demanda); a evitar un proceso inútil (litispendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio (fianzas de arraigo y *de rato et grato*); etc.

Constituyen, como se ha dicho, una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en lo futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo en cuanto tienden a econo-

[46] Uruguay, art. 245; Cap. Fed., 83 y ss.; Bolivia, 73; Chile, 293 y 294; Colombia, 328; Cuba, 686; Ecuador, 100; Guatemala, 568; España, 532 y ss.; Luisiana, 331; México, 35 y ss., 262 y 264, D. F.; 334 y 335, F.; Nicaragua, 819; Paraguay, 84; Perú, 312; Venezuela, 247.

[47] POTHIER, *Traité de la procédure*, cap. II; CARRÉ, *Histoire de l'exception*, cit.

mizar esfuerzos inútiles. Se deciden previamente a toda otra cuestión, razón por la cual se les llamó en el derecho clásico español *alongaderas* y más tarde *artículos de no contestar*.

Este carácter dilatorio ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es el de dilatar o de alargar el juicio, circunstancia a la que no es ajeno el impropio y malicioso uso que se hace de este tipo de defensas en la actividad forense. Sin embargo, desde un punto de vista científico, es cosa muy clara que la dilación o postergación (no ya del juicio en sí mismo, sino de la contestación de la demanda) es sólo una consecuencia y no el contenido de la excepción; ésta es el medio procesal de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, dado que compromete la eficacia y la validez de los actos posteriores.

78. Excepciones perentorias.

Las *excepciones perentorias* no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.

A diferencia de las dilatorias, su enumeración no es taxativa. Normalmente no aparecen enunciadas en los códigos y toman el nombre de los hechos extintivos de las obligaciones, en los asuntos de esta índole: pago, compensación, novación, etc. Cuando no se invoca un hecho extintivo, sino alguna circunstancia que obsta al nacimiento de la obligación, también llevan el nombre de ésta: dolo, fuerza, error, etc.[48]. Si no se trata de obligaciones, o cuando tratándose de éstas se invoca simplemente la inexactitud de los hechos o la inexistencia de la obligación por otros motivos, es costumbre en algunos tribunales dar a la defensa un nombre genérico:

[48] Sobre interposición de esta clase de excepciones, "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 89.

exceptio sine actione agit. Se habla de acción, entonces, no en el sentido que le hemos dado en el capítulo anterior, sino como sinónimo de derecho sustancial, que justifique una sentencia favorable al actor[49].

A diferencia de las dilatorias, las excepciones perentorias no se deciden *in limine litis*, ni suspenden la marcha del procedimiento, ya que su resolución se posterga en todo caso para la sentencia definitiva.

Estas excepciones descansan sobre circunstancias *de hecho* o sobre circunstancias *de derecho* (*exceptio facti*; *exceptio jure*).

79. EXCEPCIONES MIXTAS.

Las *excepciones mixtas*, llamadas también "excepciones perentorias deducidas en forma de artículo previo", son aquellas que funcionando procesalmente como dilatorias, provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias.

Pertenecen a este tipo, como se decía, la cosa juzgada y la transacción[50]. También pertenecen a él ciertas defensas específicas de índole semejante, en virtud de texto expreso de ley[51].

Las excepciones mixtas de nuestro derecho corresponden en cierto modo a los *fins de non recevoir* del derecho francés, con algunas diferencias. En tanto que éstos pueden hacerse valer en cualquier estado de la instancia con carácter previo, las excepciones mixtas

[49] Correctamente, MACHADO GUIMARAES, *Carência de acção*, en "Repertorio Enciclopédico do Direito Brasileiro", cit.

[50] Uruguay, art. 246; Cap. Fed., 95; Bolivia, 74, pero con carácter de perentorias; Chile, 294 y 300; Costa Rica, 224; Ecuador, 102, pero considerando como perentoria la cosa juzgada; España, 544; México (D. F.), 261, indicando que opuesta la cosa juzgada se dilucida en vía sumaria; Paraguay, 96; Perú, 3[?]2, pero con carácter de dilatorias; Venezuela, 257.

[51] Así, en el derecho uruguayo la caducidad de la acción de investigación de la paternidad; C. C., art. 241. "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 240; "Jur. A. S.", t. 16, caso 3599, con nota de R. GALLINAL; "La Ley", t. 3, p. 17. En muchas de las legislaciones anotadas también se incluye en este tipo la prescripción.

sólo tienen carácter previo si se oponen en forma de dilatorias. Pero nada impide que, pasada la oportunidad para deducir la excepción mixta como dilatoria, pueda alegarse como perentoria en la contestación directa de la demanda[52]. En el derecho angloamericano estas cuestiones se proponen bajo la forma de *demurrer*[53], aunque el alcance y contenido de éste ofrece muchas diferencias. El *demurrer* es, más bien, un petitorio preliminar sobre el mérito en cierto modo análogo a una petición de inadmisibilidad.

La antinomia que existe entre la forma y el contenido de estas excepciones es más aparente que real.

La excepción mixta procura, en todo caso, la decisión del proceso por una cuestión no sustancial. En este sentido, su carácter es común con las excepciones dilatorias, porque intenta evitar, como se ha dicho, un juicio inútil o nulo. Entre las excepciones de cosa juzgada y de litispendencia, por ejemplo, no median diferencias formales profundas: ambas procuran impedir que siga adelante un juicio que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del juicio anterior y la del nuevo juicio) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas, aparejarán la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada.

Las excepciones de cosa juzgada y transacción evitan, en todo caso, el debate sobre el derecho expuesto en la demanda. Quien aduce la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión. El que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del contrato de transacción y que hace

[52] GALLINAL, *Excepciones*, p. 40. Cap. Fed., art. 97.

[53] MILLAR, *The fortuness of the demurrer*, publ. en "Illinois Law Review", t. 31, ps. 49 y ss. Hay reimpresión de la Northwestern University, Chicago, 1937.

innecesario todo debate sobre el estado anterior; la transacción, que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada.

Se trata, en resumen, de decidir el conflicto por razones ajenas al mérito de la demanda. La excepción mixta no tiene, pues, la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Lo que tiene de éstas es la eficacia, no la esencia. Pone fin al juicio, pero no mediante un pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia del derecho, sino merced al reconocimiento de una situación jurídica que hace innecesario entrar a analizar el fondo mismo del derecho.

Capítulo IV

EL PROCESO*

80. Definición del proceso.

En su acepción común, el vocablo "proceso" significa progreso, trascurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia.

Desde este punto de vista, el proceso jurídico es un cúmulo de actos, su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse. De la misma manera que un proceso físico, químico, biológico, intelectual, todo proceso jurídico se desenvuelve, avanza hacia su fin y concluye.

Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos

* BIBLIOGRAFIA: Ballbé, *La esencia del proceso*, Madrid, 1947; Binder, *Prozess und Recht*, 1903; Cabral de Moncada, *O processo perante a filosofia do direito*, Coimbra, 1946; Cardozo, *The nature of judicial process*, 12ª ed., Yale (New Haven), 1945; Carnelli, *Naturaleza jurídica del proceso*, en "La Ley", t. 4, p. 1; Carnelutti, *Para una teoría general del proceso*, en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 3; Figueiredo Ferraz, *Apontamentos sobre a noção ontologica do processo*, São Paulo, 1936; Lois Estévez, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947; Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en "Rev. D. P.", 1944, I, p. 113; Prieto Castro, *Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal*, en "Rev. D. P.", Buenos Aires, 1948, nº 1, 1ª parte, p. 26; Schmidt, *Prozessrecht und Staatsrecht*, 1903; Sperl, *Il processo nel sistema del diritto*, en *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927; Zarzysky, *La demande en justice*, Paris, 1927. Para las teorías particulares, la bibliografía citada en cada parágrafo.

que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento. La idea de proceso es necesariamente teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio.

Examinada esa unidad en sí misma, para poderla definir a través de su carácter esencial, de su contenido íntimo, se advierte que ella es una relación jurídica. Por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber. La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí.

El hecho de que esos ligámenes y vínculos sean muchos, no obsta a que el proceso sea en sí mismo una unidad, una relación jurídica. Por la misma razón por la cual el testamento, la notificación o el inventario son en sí mismos un acto, compuesto a su vez de una serie de actos menores, nada obsta a que el proceso se conciba como una relación jurídica, unitaria, orgánica, constituída por un conjunto de relaciones jurídicas de menor extensión.

81. DIVERSAS ACEPCIONES DEL VOCABLO.

Pero luego de haber definido el proceso judicial como una mera secuencia, y más comprensivamente como una relación jurídica, queda todavía otra acepción. En nuestro idioma también se llama proceso al expediente judicial, al *dossier*, a los papeles escritos que con-

signan los actos judiciales de las partes y de los órganos de la autoridad. Como ocurre frecuentemente en nuestro lenguaje, una misma palabra denota al mismo tiempo al acto y al documento, a la acción y al *film* cinematográfico que la registra.

En la primera acepción del proceso como secuencia, éste constituye una acción humana que se proyecta en el tiempo; es una situación análoga a la que existe entre el ser y el devenir; los actos procesales *devienen* proceso. En su segunda acepción, en tanto relación jurídica, el proceso es un fenómeno intemporal e inespacial; un concepto, un objeto jurídico ideal, construído por el pensamiento de los juristas. En su tercera acepción, como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico; ocupa un espacio en el mundo material; es una cosa.

82. Planteamiento del tema.

El presente capítulo tiene por objeto estudiar el proceso desde esos diferentes puntos de vista. Su complejidad es muy considerable y no debe extrañar que la doctrina reciente haya utilizado, para explicar el sentido del proceso, vocablos poco frecuentes en el lenguaje de la ciencia. Un escritor habla del proceso como misterio[1], otro como juego[2], otro como la miseria de las hojas secas de un árbol[3], otro como una búsqueda proustiana en pos del tiempo perdido[4], etc.

Hemos tratado de explicar esta circunstancia en otra oportunidad[5]. Por el momento, nos limitamos a

[1] Satta, *Il mistero del processo*, en "Riv. D. P.", 1949, I, p. 273.

[2] Calamandrei, *Il processo come giuoco*, en *Studi in onore di Carnelutti*, y en "Riv. D. P.", 1950, I, p. 23.

[3] Carnelutti, *Torniamo al "giudizio"*, en *Studi in onore di Scialoja*, y en "Riv. D. P.", 1949, I, 163, esp. p. 174.

[4] Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, en "Riv. D. P.", 1950, I, p. 1, esp. p. 5.

[5] *¿Crisis del derecho procesal?*, en "Rev. D. P.", 1950, en el volumen de estudios en memoria de Goldschmidt y en "Rev. D. J. A.", t. 48, p. 132.

consignar que esas interpretaciones revelan, más que nada, la variedad de un fenómeno que es, al mismo tiempo, una relación temporal, un concepto ideal y un objeto material.

Para examinar este tema en su diversidad estudiaremos, en primer término, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del proceso, a su ser como instituto del derecho; en segundo término, su función en el orden jurídico; en último término, su proyección constitucional.

Por lo demás, las restantes partes de este libro se destinan a examinar su desenvolvimiento y su eficacia.

§ 1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

83. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO*.

El estudio de la naturaleza jurídica del proceso civil consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial. Así, por ejemplo, se trata de saber si el vínculo que une a las partes y al juez constituye un contrato, un cuasicontrato o alguna otra figura jurídica semejante. Y de resolverse ese punto en sentido negativo, sería necesario, entonces, decidir qué es el proceso como fenómeno particular.

Este tema no es sólo una investigación teórica. La conclusión a que se llegue tiene consecuencias prácticas de especial importancia.

* Independientemente de las obras citadas en el texto, se hallará una información completa sobre este tema en las notas, realmente exhaustivas, de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en "Rev. D. P.", 1952, I, p. 212. Además de esas referencias, ALSINA, *La situación jurídica no se opone, antes bien integra el concepto de relación jurídica procesal*, en "Rev. D. P.", 1952, p. 49; SARTORIO, *¿Qué es el proceso?*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires", 1954, nº 37, p. 139.

Si se aceptara, por ejemplo, la teoría que sostiene que el juicio es un contrato, habría necesariamente que admitir que, ante el silencio de la ley procesal, las disposiciones y normas del derecho civil en esta materia serían aplicables. El código civil sería, así, subsidiario del de procedimientos, en materia de capacidad, de consentimiento, de efectos de la voluntad, etc. Una conclusión muy natural de esta actitud sería, por ejemplo, la de que las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos serían aplicables en caso de silencio del derecho procesal positivo.

Si no fuera por razones de ciencia, siempre sería necesario, pues, analizar la naturaleza jurídica del proceso, por razones de conocimiento del sistema legal vigente.

Para contestar a esa pregunta de cuál es la naturaleza jurídica del proceso, la doctrina ha dado diferentes respuestas.

Una primera considera el juicio *un contrato*. La relación que liga al actor y al demandado, que se sigue llamando, aunque nada tenga ya de tal, *litis contestatio*, es de orden contractual, y ambos se encuentran vinculados con el mismo lazo que une a los contratantes.

Una segunda respuesta considera que el juicio, si es un contrato, lo es tan imperfecto, que queda desnaturalizado; el proceso es, por eso, *un cuasicontrato*.

Una tercera respuesta advierte que las dos anteriores son artificiosas; que lo que hay en realidad no es ni un nexo contractual ni uno cuasicontractual, sino *una relación jurídica* típica, característica, regida por la ley, que tiene un estatuto propio, que es el cúmulo de leyes procesales, y con una determinación que le es peculiar.

Una cuarta respuesta niega la existencia de una relación jurídica, sosteniendo, en cambio, la realidad de una *situación jurídica*.

Una quinta respuesta habla de una *entidad jurídica compleja.*

Una última respuesta, tendiente a agrupar elementos de las anteriores, ha concebido el proceso como *una institución.*

Trataremos de examinar el alcance de estas distintas proposiciones tendientes a determinar la naturaleza jurídica del proceso.

84. EL PROCESO COMO CONTRATO.

La doctrina contractualista del proceso deriva de ciertos conceptos tomados del derecho romano, que sobrevivieron a su aplicación práctica[6].

Tanto en la primera como en la segunda etapa de aquél, la *litis contestatio* supone, en forma expresa o implícita, un acuerdo de voluntades[7].

Al comienzo, el proceso se desenvuelve como una deliberación más que como un debate. Las partes exponen su derecho ante el pretor, hablando libremente, tanto entre sí como con el magistrado. De estas circunstancias, y del carácter de la *formula,* se infiere que durante esta etapa del derecho romano, no puede existir *litis contestatio* si las partes de común acuerdo no lo quieren. Más que un juicio, este fenómeno debe considerarse como un arbitraje ante el pretor.

Cuando, más adelante, ya en el siglo v, tales formas se van despojando de su primitivo contenido, el derecho justinianeo hace subsistir, sin embargo, la idea de *litis*

[6] La tesis aparece desarrollada en los tratados generales del siglo XIX y aun en algunos de este siglo. Un desarrollo particular, relativo a los llamados contratos judiciales, se halla en MAUPOINT, *Le contrat judiciaire*, Paris, 1911; pero este autor no sostiene, como erróneamente se ha creído, la naturaleza contractual del proceso. La crítica de la teoría ha sido hecha por DIANA, *Alcune considerazioni sul cosidetto contratto giudiziale*, en "Monitore dei Tribunali", apartado, Milano, 1901.

[7] Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Una perspectiva histórica del proceso: la "litiscontestatio" y sus consecuencias*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953.

contestatio como una ficción jurídica, con efectos semejantes a los que tuvo en la etapa anterior. En el procedimiento formulario, la existencia de un proceso anterior daba lugar a una excepción perentoria: *exceptio rei in judicium deductae*, semejante a la de cosa juzgada. En el procedimiento extraordinario, da lugar tan sólo a una excepción de litispendencia, de energía y significación mucho menores[8].

Sin embargo, la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX continuó considerando que el juicio suponía la existencia de una convención entre partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la decisión de su conflicto por el juez.

Se afirmó[9] que el efecto entre partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes, y que la fuente de la cosa juzgada es la convención, esto es, el acuerdo de partes llamado *contrato judicial*, por el cual ambos litigantes aceptan someter a la decisión del juez el litigio que los divide[10]. En términos semejantes se pronunció la mayoría de los autores de esta escuela[11], llegándose hasta establecer el paralelo existente entre el contrato judicial y los contratos del derecho civil, señalando la asimilación de sus elementos esenciales: objeto, causa, capacidad, etc.[12].

La crítica de esta concepción puede hacerse en pocas palabras.

Sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es po-

[8] Sobre este particular, ampliamente, TARDIF, *La litis contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, Paris, 1881. Asimismo, WENGER, *Institutionen*, § 13; S. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, p. 160; PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico. Contributo alla individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano*, en "Riv. D. P.", 1948, I, p. 63.

[9] POTHIER, *Obligations*, cap. 555, nº 5.

[10] También DEMOLOMBE, *Cours*, t. 30, nos. 382 y 383.

[11] AUBRY y RAU, *Cours*, t. 8, p. 327; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique*, t. 5, p. 629.

[12] RAUTER, *Cours de procédure*, p. 64.

sible ver en el proceso, situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades.

Como se ha visto, ni aun históricamente las cosas han sucedido bajo el aspecto de un contrato. La primitiva concepción romana de la *litis contestatio* no respondía exactamente a un procedimiento judicial, sino arbitral, cuyo aspecto contractual existe en buena parte en el derecho moderno.

La doctrina francesa, que es, sin duda, la que ha permanecido más fiel a esta concepción, reconoce ya que la idea del contrato judicial sólo es una subsistencia histórica llamada a desaparecer[13].

La adopción de la idea de proceso como contrato, corresponde a ciertos pensadores del siglo XVIII, como una particular disposición de este siglo para configurar como contratos las más diversas formas del orden social. El acto en virtud del cual los individuos renuncian a su voluntad particular y traspasan cada uno su voluntad al soberano, con la condición de que los demás hagan lo mismo, se ha dicho reconstruyendo este pensamiento, no tiene lugar dentro de una comunidad ya existente, sino que es más bien su comienzo lo que constituye a la comunidad. La relación entre ambas formas fundamentales de contrato, entre el *pactum societatis* y el *pactum subjectionis*, deja el contrato de sumisión como única forma de vinculación, de la que surge primeramente cualquier tipo de vida común[14].

El pensamiento de POTHIER y el pensamiento de ROUSSEAU sólo difieren en la escala, no en la esencia. POTHIER concibe microscópicamente la sujeción de la vo-

[13] MAUPOINT, *Le contrat judiciaire*, cit., ps. 1 a 6; MOREL, *Traité*, p. 352. Se sigue hablando, sin embargo, en los fallos y en los escritos forenses, de "contrato litis"; así, "Rev. D. J. A.", t. 33, p. 393. Pero también este léxico se abandona rápidamente en nuestro país, sustituyéndose por "relación procesal"; así, "L.J.U.", t. 6, nº 1311.

[14] CASIRER, *Filosofía de la ilustración*, trad. esp., México, 1943, p. 245.

luntad individual a la autoridad dentro del proceso, bajo la forma de un contrato. ROUSSEAU, en cambio, observa ese mismo fenómeno de la sujeción de la voluntad individual a una voluntad superior, en la escala macroscópica de la sociedad. Su razonamiento serviría igualmente para la sumisión de los particulares a la justicia de la autoridad: "Mientras los ciudadanos se someten a las condiciones que ellos mismos han acordado, o que ellos podrían haber aceptado por decisión libre y racional, no obedecen a nadie más que a su propia voluntad"[15].

No debe, sin embargo, perderse de vista que aun dentro de su error, la concepción contractualista del proceso constituyó un intento de sistematización. Algunos escritores antiguos[16] entrevieron intuitivamente a través del contrato, el fenómeno de la relación procesal, dando a sus construcciones un valor no despreciable actualmente.

Pero fuera de este valor puramente histórico, la concepción del proceso como contrato ha perdido en el derecho moderno toda significación.

85. EL PROCESO COMO CUASICONTRATO.

La notoria debilidad de la concepción contractual del proceso propendió a que, como concepto subsidiario y en más de un caso solidario, se hablara de un cuasicontrato judicial[17].

Las doctrinas de los siglos XVIII y XIX, aun en escuelas de diversos países, utilizaron estos términos, los cuales han venido manteniéndose aun hasta nuestros días[18].

[15] ROUSSEAU, *Contrat social*, I, 6; II, 4.

[16] Así ocurre con MENDES DE CASTRO, *Práctica lusitana*, t. 1, p. 142, citada y encomiada por PONTES DE MIRANDA, *Comentarios*, t. 1, p. 9.

[17] ARNAULT DE GUÉNYVEAU, *Du quasi contrat judiciaire*, Poitiers, 1859.

[18] Así, p. ej., G. RAMÍREZ, *El derecho procesal internacional en el Congreso Jurídico del Río de la Plata*, Montevideo, 1892, quien trascribía el siguiente pasaje: "el cuasicontrato judicial tiene entre los que han litigado el mismo valor que un contrato en escritura pública" (*op. cit.*, p. 105).

No es posible, sin embargo, hallar una justificación razonable a esta tesis.

En un libro francés de mediados del siglo pasado[19], es posible hallar el extraño fundamento de esta concepción. Allí se resume, luego de largos desarrollos, la tesis de que es necesario ver en la *litis contestatio*, acto bilateral en su forma, el hecho generador de una obligación bilateral en sí misma. Como ella no presenta ni el carácter de un contrato, puesto que el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni el de un delito o de un cuasidelito, puesto que el litigante no ha hecho más que usar de su derecho, lejos de violar los de otros, los autores alemanes, valiéndose del texto de la ley 3, ff. *de peculio*, le han reconocido el carácter de un cuasicontrato: *in judicio quasi contrahimus*. En el tiempo del procedimiento formulario, continúa el autor, este cuasicontrato es necesario para introducir la instancia y hacer posible la decisión del juez. También, se producen en el antiguo *ordo judiciorum*, un sistema de medidas destinadas a asegurar la comparecencia de los litigantes a los pies del magistrado. La *vocatio in jus* violenta, las *vadimonia*, la *missio in possessionem bonorum*, tienden a ese objeto, que no se puede alcanzar completamente, sin embargo, puesto que todos estos rigores vienen a estrellarse contra la inercia del demandado.

La *litis contestatio* exige, en efecto, de su parte, una manifestación exterior y sensible de voluntad, a la que nadie puede ser constreñido; de suerte que no hay, bajo el imperio de las fórmulas, ningún medio de entablar el debate a pesar del demandado, ninguna vía abierta para llegar, contra su deseo, a la formación del contrato judicial. El procedimiento por contumacia (el juicio en rebeldía) mismo, supone la *litis contestatio*, sin la cual no podría haber allí ni instancia ni proceso: "Ante litem

[19] DE GUÉNYVEAU, *op. cit.*, p. 13.

contestatam, non dicitur lis mota, nec dicitur quis agere, sed agere voluisse"[20].

Quiere decir, en resumen, que la concepción del juicio como cuasicontrato procede por eliminación, partiendo de la base de que el juicio no es contrato, ni delito, ni cuasidelito. Analizadas las fuentes de las obligaciones, se acepta, por eliminación, la menos imperfecta.

Las críticas que pueden hacerse a esta concepción son muy numerosas. La primera es de orden puramente material; las otras son de orden sistemático.

Lo primero que debe anotarse es que el pasaje clásico citado no dice *in judicio quasi contrahimus*. Probablemente el autor no leyó el texto en sus fuentes, pues de haberlo hecho habría advertido que literalmente consigna: *nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi, proinde non origenem judicii spectandam sed ipsam judicati velut obligationem*[21]. Como se ve, el fragmento *De peculio* no dice lo que se le atribuye, sino "porque así como en la estipulación se contrata con el hijo, así se contrata en el juicio..., etc.". La fórmula no es, pues, la del cuasicontrato, sino más llanamente la del contrato.

Además, el autor que comparando el art. 345 del *Code de Procédure* con el art. 1371 del *Code Civil* llega a la conclusión de que el proceso es un cuasicontrato sinalagmático perfecto (¡!)[22], ha omitido considerar que las fuentes de las obligaciones, aun en el Código Napoleón, no son cuatro sino cinco. La doctrina no ha tenido en cuenta a la ley. Y es la ley, justamente, la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando.

El proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley.

[20] DE GUÉNYVEAU, *op. cit.*, p. 14. Era ésta, asimismo, la opinión de los clásicos españoles. Así, SALGADO, *Labyrinthus creditorum*, cap. 16, nos. 27 y 28, según el CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas*, t. 1, p. 460.

[21] ULPIANO, *Dig.*, lib. XV, tít. I, ley 3, 11.

[22] DE GUÉNYVEAU, *op. cit.*, p. 48.

86. EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA.

La doctrina dominante concibe al proceso como una relación jurídica[23].

El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin.

Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses.

Puede afirmarse que la tesis de la relación jurídica procesal es la que ha contado con más adhesiones en nuestro tiempo[24] a pesar de ciertas autorizadas disidencias[25].

En contra de esta teoría se hace la siguiente argumentación. Es cierto que la sentencia, y, más exactamente, su efecto, la cosa juzgada, es el fin del proceso; es igualmente cierto que, según algunas teorías, la sentencia tiene la eficacia de un negocio jurídico material, es decir, la de alterar las relaciones jurídicas materiales. Pero aun cuando estas teorías tuviesen fundamento, en rigor cabría atribuír a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, mas no la de una relación jurídica. El hecho jurídico que produce una relación jurídica no es, por esa sola circunstancia, una relación jurídica ni

[23] BÜLOW, *Die Lehre von Prozesseinreden*, cit.; CASTIGLIONI, *Relación procesal*, en "Rev. D. P.", 1945, II, p. 173; CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit.; FERRARA, *La nozione del rapporto processuale*, en *Saggi di diritto processuale*, 1914; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888; SILVA MELERO, *Contribución al estudio de la relación procesal*, en "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", t. 2, p. 501.

[24] Una precisa exposición de las opiniones emitidas en este mismo sentido, en SEGNI, *Procedimento civile*, cit., p. 554.

[25] En contra de esta concepción: ROSENBERG, *Lehrbuch*; CARNELUTTI, *Lezioni*, t. 4, p. 360; KISCH, *Elementos*, p. 21; RICCA-BARBERIS, *Progresso o regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale*, en "Riv. D. P. C.", 1931, I, p. 170; GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cuyos argumentos se citan a continuación.

siquiera latente. Claro es que el proceso no ha de considerarse como una serie de actos aislados. Pero un complejo de actos encaminados a un mismo fin, aun cuando haya varios sujetos, no llega a ser, por eso, una relación jurídica, a no ser que ese término adquiera una acepción totalmente nueva. "Un rebaño no constituye una relación porque sea un complejo jurídico de cosas semovientes".

Por otra parte, se añade, es evidente que la peculiaridad jurídica del fin del proceso determina la naturaleza del efecto de cada acto procesal. Pero ni uno ni otro constituyen una relación jurídica, y el objeto común a que se refieren todos los actos procesales, desde la demanda hasta la sentencia, y que en la realidad constituye la unidad del proceso, es su objeto, por lo regular, el derecho subjetivo material que el actor hace valer[26].

Con posterioridad al precedente desarrollo se ha advertido, además, que el concepto de relación no ha sido fijado definitivamente en el lenguaje del derecho y que en los últimos tiempos se halla sometido a una profunda revisión[27], circunstancia que coincide con ciertas cuestiones de léxico que siempre se han planteado en torno a esta concepción.

Sin embargo, el concepto de relación jurídico-procesal y el valor que como tal tiene dentro de la doctrina aquí expuesta pueden determinarse en términos simples.

La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.

[26] GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, p. 22.

[27] SENTÍS MELENDO, *Los conceptos de acción y de proceso*..., cit., p. 3, aludiendo a los estudios de DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES.

La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación[28]. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso.

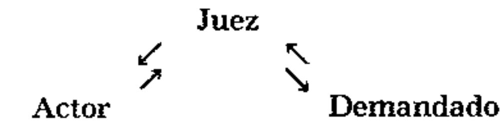
Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros.

Sobre lo que no existe acuerdo, en esta teoría, es en lo que dice relación con la forma en que están ordenados tales poderes y ligámenes entre los diversos sujetos del proceso. La doctrina ha dividido aquí sus orientaciones.

Por un lado, se halla una primera corriente de ideas que concibe esta relación como dos líneas paralelas que corren del actor al demandado y del demandado al actor (KOHLER). Gráficamente puede representarse así:

Actor ⇄ Demandado

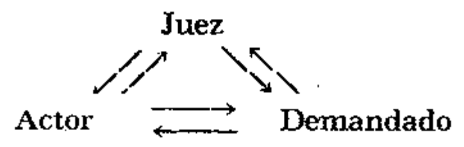
Por otro lado, se sostiene que tales vínculos no pueden expresarse con líneas paralelas, sino en forma de ángulo. En la relación debe comprenderse al juez, que es un sujeto necesario de ella y hacia el cual se dirigen las partes y el cual se dirige a las partes. No existe, en cambio, para esta tendencia, ligamen ni nexo de las partes entre sí: ellas están unidas sólo a través del magistrado (HELLWIG). Se representa en la siguiente forma:



Por otro, una tercera corriente considera la relación procesal en forma triangular. No se trata solamente de relaciones de partes a juez y de juez a partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Por el contrario, existen

[28] A este respecto, TREVES, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, cap. I, ps. 19 y ss.

vínculos entre las partes que vienen, en cierto modo, a cerrar el triángulo (WACH). La representación es entonces:



Estos simples signos gráficos muestran, a su vez, que el hecho de que el proceso sea una relación jurídica, no obsta a que, en su unidad, se halle compuesto de un conjunto de relaciones jurídicas, tal como se dice en la página inicial de este libro[29].

Toda unidad es intrínsecamente una pluralidad. Los ejemplos del testamento, de la notificación y del inventario utilizados oportunamente, muestran cómo lo que se considera jurídicamente un acto, se halla, a su vez, compuesto de numerosos actos de menor extensión e intensidad.

Digamos, pues, que la relación jurídica procesal se compone de relaciones menores y que ellas, como en el último de los esquemas expuestos, no sólo ligan a las partes con los órganos de la jurisdicción, sino también a las partes entre sí.

En nuestro concepto es ésta la proposición correcta. La idea de una relación angular es insuficiente, ya que excluye nexos y ligámenes procesales como el que surge entre las partes con motivo de la responsabilidad procesal. Por ejemplo, luego de la condena en costas surgen derechos de restitución, específicamente procesales, de las partes entre sí.

87. EL PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA.

Sobre la base de la crítica a la doctrina de la relación procesal que acaba de exponerse, ha surgido la

[29] *Supra*, nos. 1 y 80.

doctrina denominada de la situación jurídica (*Rechtslage*)[30].

El proceso no es relación, según este particular modo de ver, sino *situación*, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Para comprender la diferencia entre una doctrina y la otra, es menester remontarse hasta ciertos aspectos de la teoría general y hasta lo que el autor de ésta llamó con anterioridad "derecho justicial material"[31]. La presencia de este derecho en sus relaciones con el derecho privado y con el derecho político se advierte en la primera página de *El proceso como situación jurídica.*

Bajo el amparo de un dístico de SPENGLER[32] que insta a sustituír la justicia estática de los romanos por una justicia dinámica, el autor advierte que el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable: esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más

[30] GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925; ídem, *Teoría general del derecho*, Barcelona, 1936. Sobre esta construcción, también, *Los problemas generales del derecho*, Buenos Aires, 1944, traducido al italiano, Padova, 1950. PODETTI, *La ciencia del proceso y las teorías de Goldschmidt*, en "Antología Jurídica", Buenos Aires, 1938; CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, en "Riv. D. P. C.", 1927, I, p. 219; MORETTI, *El profesor James Goldschmidt*, en "L. J. U.", 1 julio 1940; LIEBMAN, *James Goldschmidt*, en "L. J. U.", 2 julio 1940; LORETO, *James Goldschmidt*, en "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", Caracas, julio-agosto 1940, p. 44; JUÁREZ ECHEGARAY, *El profesor James Goldschmidt*, en "La Ley", t. 19, sec. doct., p. 41. Últimamente, TREVES, *El testamento filosófico de un procesalista*, en "Rev. D. P.", 1946, III, p. 187.

[31] GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht*, en "Festgabe für Hübler", 1905. Este estudio fue actualizado por R. GOLDSCHMIDT, bajo el título *Derecho justicial material civil*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 315; y traducido en "Rev. D. P.", t. 4, p. 1.

[32] *La decadencia de Occidente*, t. II, p. 98.

intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas. De la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen.

Es evidente que esta simple imagen tomada del derecho político, nada tiene que ver con la primitiva configuración bélica de la acción, sino que es una metáfora que permitirá luego distinguir dos grandes ramas de imperativos jurídicos: por un lado, las normas que representan imperativos a los individuos, señalándoles determinada conducta en su actividad social; por otro, los imperativos que constituyen medidas para el juicio del juez.

Este doble orden de imperativos señala la condición del derecho en su función extrajudicial y judicial: su función estática y su función dinámica.

Pero cuando el derecho asume la condición dinámica que le depara el proceso, se produce una mutación esencial en su estructura, ya que no podría hablarse allí propiamente de derechos, sino de posibilidades (*Möglichkeiten*) de que el derecho sea reconocido en la sentencia; de expectativas (*Aussichten*) de obtener ese reconocimiento; y de cargas (*Lasten*), o sea, imperativos o impulsos del propio interés para cumplir los actos procesales.

Siendo esto así, no puede hablarse entonces de relación entre las partes y el juez, ni entre ellas mismas. El juez sentencia no ya porque esto constituya un derecho de las partes, sino porque es para él un deber funcional de carácter administrativo y político: las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de ellas al orden jurídico, en su conjunto de posibi-

lidades, de expectativas y de cargas. Y esto no configura una relación, sino una situación, o sea, como se ha dicho, el estado de una persona frente a la sentencia judicial.

Este concepto de situación jurídica había sido ya desarrollado con anterioridad para todo el derecho privado[33]. Pero la doctrina procesal sostiene que ese concepto no es sino específicamente relativo al juicio.

La doctrina de la situación jurídica, aunque reiteradamente calificada de genial, no ha logrado obtener entre los autores latinos y americanos una adhesión considerable.

Se le ha reprochado que no describe el proceso tal como debe ser técnicamente, sino tal como resulta de sus deformaciones en la realidad[34], que no puede hablarse de una situación sino de un conjunto de situaciones[35], que subestima la condición del juez, el que pierde en la doctrina la condición que realmente le corresponde[36], que destruye sin construír, al hacer perder la visión unitaria del juicio en su integridad[37], que la situación o conjunto de situaciones es lo que constituye justamente la relación jurídica[38], etc.

Y sin embargo, se advierte que la parte impugnada de la doctrina es la que ha sido más fecunda en resultados científicos. En efecto; dentro de la concepción general de la situación jurídica existen dos partes distintas que es necesario diferenciar. Por un lado, la que entronca con la teoría general y con la filosofía del derecho; por otro, la que es precisamente técnica y tiende a configu-

[33] KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, ps. 62 y ss.; ídem, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, p. 219; ref. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, ps. 146 y ss.

[34] CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, cit. Sin embargo, el mismo CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Studi in onore di Carnelutti* y en "Riv. D. P.", luego proclamó que se trataba de la "inolvidable demostración sistemática contenida en una obra fundamental" (*op. cit.*, p. 28).

[35] PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, p. 7.

[36] LIEBMAN, lección inédita dictada en Córdoba, con ocasión del Congreso de Ciencias Procesales realizado en 1939 en dicha ciudad.

[37] ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 245.

[38] DE PINA, *Principios*, p. 29.

rar categorías de derechos procesales en particular. La crítica se ha dirigido más bien hacia esta parte, dándose el curioso contraste que mientras por un lado se refutan ciertos aspectos de detalle y de terminología, por otro se van admitiendo cada día con mayor acentuación, especialmente en nuestros países, las ideas de esta doctrina. Tal es lo que ocurre con la adopción unánime en el léxico procesal moderno del concepto de cargas procesales, de su distinción entre actos procesales y negocios jurídicos, de su precisa clasificación de los actos procesales, etc.

En cambio, la base misma de la doctrina, los puntos de partida que sirven al autor para fundar su tesis, han quedado por el momento sin refutación. No otra cosa puede decirse de la circunstancia de que esta doctrina sustenta, según sus propias palabras, una posición empírica y no finalista del derecho procesal: esto es, una búsqueda de sus inmediatos fines prácticos de obtener la cosa juzgada, cualquiera que sea su contenido, y no una determinación de sus fines remotos, en el sentido de la permanencia o ausencia del primitivo derecho sustancial luego del proceso[39].

88. EL PROCESO COMO ENTIDAD JURÍDICA COMPLEJA.

En un estudio relativamente reciente[40], llevando adelante una idea ya anteriormente apuntada[41], se configura al proceso como una entidad jurídica de carácter unitario y complejo. La particularidad más característica del proceso, se dice, es la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí.

Esta tendencia advierte que la pluralidad de los

[39] Más ampliamente, sobre GOLDSCHMIDT y su obra, el prólogo que escribimos para *Los problemas generales del derecho*, cit.

[40] FOSCHINI, *Natura giuridica del processo*, en "Riv. D. P.", 1948, I, p. 110; ídem, *La complessione del processo*, en la misma revista, 1949, I, p. 15.

[41] CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. 2, p. 647.

elementos puede examinarse desde un punto de vista normativo; en tal sentido, el proceso es una relación jurídica compleja. Puede, asimismo, examinarse desde el punto de vista estático; en tal sentido, es una situación jurídica compleja. Y puede, por último, ser examinado desde el punto de vista dinámico, por cuya razón se configura como un acto jurídico complejo[42].

Ante esta idea cabe advertir que la consideración de un instituto jurídico como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen de carácter doctrinal. La ciencia del derecho comenzó aislando ciertas figuras jurídicas muy fuertemente dotadas de unidad, aunque originariamente complejas: familia, delito, comercio, parlamento. Esas materias primas jurídicas, llamémosles así, fueron adquiriendo, con el andar del tiempo, una complejidad cada día creciente. Cuando hoy se examinan instituciones como la empresa, la hacienda comercial, el convenio colectivo de trabajo o el fideicomiso (*trust*, del derecho anglosajón), se advierte la multitud de elementos simples que las integran. Por eso cuando en la ciencia jurídica moderna se dice que un fenómeno es complejo, lo único que se subraya es que ese fenómeno es más complejo que los habituales. Todos los actos jurídicos son complejos. La calificación de un instituto como entidad compleja no es, virtualmente, una calificación.

Ese proceso es, en consecuencia, como dice este autor, una entidad jurídica compleja. Pero con esa proposición sólo fijamos un punto de partida. La inquietud científica consiste en proceder por sucesivas descomposiciones y reconstrucciones, a aislar elementos y coordinarlos de nuevo para volcarlos luego en la gran unidad de la ciencia.

La preocupación de este tema consiste en aislar cada uno de los elementos del proceso (partes, actos, autoridad, formas), determinar su función (declaración o pro-

[42] FOSCHINI, *Natura*..., cit., p. 110.

ducción jurídica), sus fines (seguridad, pacificación), etc., por virtud de un esfuerzo metódico reconstructivo, para implantar todos esos elementos en el vasto sistema del derecho y de la ciencia.

89. El proceso como institución.

La idea de que el proceso es una institución, se encuentra expresa o implícitamente expresada en los estudios que algunos escritores franceses destinaron a fundar la concepción institucional del derecho[43]. Aun sin un conocimiento completo de lo que era el proceso en la teoría general del derecho, estos escritores vieron en él una de las tantas instituciones jurídicas.

Ciertos escritores alemanes del siglo pasado[44] habían utilizado también el vocablo institución para caracterizar el proceso; y el mismo aparece aún hoy en algunos maestros de esa escuela[45]. Pero ahora nos parece evidente que las palabras tienen diferente significado en unos y otros. También es vocablo frecuente en el léxico de los sociólogos norteamericanos.

Dentro de este panorama, Guasp lanzó la idea de que el proceso es una institución[46]. Su pensamiento nos resultó persuasivo y en un estudio especial destinado a ese tema nos adherimos a él[47]. Pero inmediatamente de

[43] Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, 1930, ps. 273, 339 y 446. También Hauriou, *Principes de droit public*, 2ª ed., Paris, 1916, p. 109. Luego en *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, en *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, 1925; Delos, *La théorie de l'institution*, en *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1931; Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, 1932.

[44] Wach, *Der Rechtsschutzsanspruch*, publ. en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", t. 32, p. 5, ref. Schönke, *La necesidad de la tutela jurídica. Un concepto fundamental del derecho procesal civil*, en "Rev. J. C.", t. 2 (1948), p. 58.

[45] Schönke, *La necesidad de la tutela...*, cit.

[46] Guasp, *Comentarios*, t. 1, p. 17.

[47] *El proceso como institución*, en *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1950, y en "Rev. J. C.", 1949, p. 45.

expuesta nuestra opinión comenzamos a comprender todos los equívocos y malentendidos que provoca la multiplicidad de acepciones de la palabra. En dos oportunidades posteriores[48], intentamos, con las limitaciones que ambas imponían, precisar el sentido del vocablo y dotar de cierto rigor al concepto.

Confesamos hoy que no hemos podido lograr nuestro propósito. Las observaciones que a esta concepción han sido dirigidas, de muy diversa calidad y agudeza, revelan que el vocablo, y aun el concepto, no son de los que convienen al lenguaje de la ciencia jurídica procesal.

Así, por ejemplo, en una obra reciente[49] se dan del vocablo *institución* las siguientes acepciones: establecimiento, fundación, creación, erección; lo fundado y establecido; cada una de las organizaciones principales de un Estado; cada una de las materias principales del derecho o cada una de sus ramas.

Frente a esas acepciones, un profesor de la Universidad de Yale[50] inicia su estudio del tema con los siguientes conceptos: "la institución es un símbolo verbal usado para una mejor descripción de ciertos grupos de usos sociales. Denota una manera de pensar o una forma de acción prevalente y permanente incrustada en los hábitos de un grupo o en las costumbres de un pueblo. En el lenguaje ordinario significa procedimiento, convención o arreglo; en el lenguaje erudito es el singular de costumbres o usos sociales. Las instituciones fijan los confines y las formas de las actividades de los seres humanos".

Estas dos concepciones, tomadas de obras destinadas a la cultura general de los juristas, se hallan a su vez

[48] En el debate que aparece publicado en *Introducción al estudio del proceso civil*, Buenos Aires, 1949; 2ª ed., Buenos Aires, 1953, p. 96; y en la segunda edición de este libro, p. 74.

[49] CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, 1953, t. 2, p. 400.

[50] HAMILTON, *Institution*, en *Encyclopaedia of Social Sciences*, New York, 1950, t. 8, p. 84.

distantes de aquello que entienden por institución los escritores que han fundado sus teorías sobre esta idea. Para no citar a los escritores franceses, a los que reiteradamente hemos aludido en nuestro trabajo anterior[51], baste recordar el concepto expuesto por uno de los primeros expositores de este pensamiento en el mundo latino, fuera de Francia[52]. Luego de haber señalado que el concepto de institución se tomó durante mucho tiempo como sinónimo, más o menos amplio, de persona jurídica, se recuerda que la doctrina francesa ha ido más lejos y siguiendo ciertos trazos de sociólogos y políticos, a cuyos pensamientos no son ajenos los de HOBBES o PUFFENDORF, se llega a insertar en el mundo jurídico el concepto de institución ampliamente entendido. Se llega así a configurar la institución como "individualidad objetiva". Pero aun considerando insuficiente este concepto, SANTI ROMANO llega a identificar la institución como "todo ente o cuerpo social"[53].

Como se comprende, estas imprecisiones del léxico son incompatibles con el rigor de pensamiento con que debe trabajar el jurista. Consideramos hoy que nuestra posición tuvo más que ver con el interés de renovar el material de conceptos de que se sirve nuestra ciencia, que con el aprovechamiento que de ellos puede hacerse en el campo de la doctrina y de la jurisprudencia.

En lo sustancial, las cosas son de la siguiente manera. El vocablo *institución* tiene una primera acepción común y directa, equivalente a instituto, creación, organización; son instituciones, en este sentido, la familia, la empresa, el Estado. En esta acepción primaria y elemental, podemos decir que el proceso es una institución: un complejo de actos, un método, un modo de acción,

[51] Nos referimos especialmente a RENARD, HAURIOU, DELOS y GURVITCH, citados en *El proceso como institución*, notas 2, 4 y 45.

[52] SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918. Nuestras referencias pertenecen a la segunda edición reimpresa, Florencia, 1951.

[53] HAURIOU, *Principes de droit public*, 2ª ed., Paris, 1916, ps. 41 y ss.; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 35.

unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin. Nadie dudará en este sentido, de que cuando se dice que el proceso es una institución, se emite una proposición correcta. Equivale a decir que es un instituto, una creación del derecho para lograr uno de sus fines.

Pero a partir de ese instante comienzan los equívocos. La concepción institucional del derecho, se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos[54]. A través de ellos lo que se desea, en último término, es acentuar el predominio de los valores que interesan a la comunidad sobre los que interesan al individuo[55]. De ello surge que la concepción puede ser utilizada desde las ideologías políticas de extrema izquierda hasta las de extrema derecha, para la justificación de sus postulados; desde la concepción católica o protestante, hasta la agnóstica o atea.

La fundamentación primera de la tesis del proceso como institución subrayaba, en lo sustancial, los siguientes conceptos: a) que el proceso es una realidad jurídica permanente, ya que pueden nacer y extinguirse procesos concretos, pero la idea de una actuación estatal sigue siempre en pie; b) el proceso tiene carácter objetivo, ya que su realidad queda determinada más allá de las voluntades individuales; c) el proceso se sitúa en un plano de desigualdad o subordinación jerárquica; d) el proceso no es modificable en su contenido por la voluntad de los sujetos procesales; e) el proceso es adaptable a las necesidades de cada momento[56].

Todas esas proposiciones son correctas y ellas obligan nuestra adhesión; pero pertenecen a planos dife-

[54] Acaso el libro más representativo, para demostrar esta circunstancia, sea el de RUIZ JIMÉNEZ, *La concepción institucional del derecho*, Madrid, 1944, cuya argumentación, aun en el plano político, pone en evidencia el alcance de nuestra afirmación.

[55] Cfr. especialmente, RENARD, *op. cit.* También, HAYES, *What is an institution*, en "Scientific Monthly". 1926, p. 556.

[56] GUASP, *op. cit.*, p. 22.

rentes, concepciones diversas, y sobre todo, cuando se ligan al concepto de institución, sumergen en equívocos que han provocado críticas que en cuanto a nosotros se refieren hoy consideramos en buena parte fundadas.

El autor de esta concepción ha dado a nuestra adhesión a ella, un valor superior a su mérito[67]. Nuestro agradecimiento no obsta a que proclamemos hoy que nuestro pensamiento ha debido plegarse en retirada, por lo menos hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica. Consideramos hoy nuestro deber subrayar, apenas, que el vocablo institución sólo puede ser utilizado en su primera acepción, la común y genérica, que no excluye la concepción del proceso como relación jurídica.

En cuanto a sus otros atributos de objetividad, permanencia, jerarquía, subordinación a los fines públicos, etc., pueden destacarse en una exposición sistemática de la índole de la presente, tal como se pasa a hacer a continuación.

§ 2. FUNCIÓN DEL PROCESO

90. Interés individual e interés social en el proceso.

La idea de proceso, decíamos[68], es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe.

El fin del proceso, agregábamos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción.

[67] GUASP, *Problemas fundamentales del derecho procesal*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires", 1954, p. 1325, y especialmente p. 1350. Con anterioridad, en *La pretensión procesal*, en "Rev. D. P.", 1951, p. 336.

[68] *Supra*, nº 26.

Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.

91. FUNCIÓN PRIVADA DEL PROCESO.

Desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad.

La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.

Contemplando el mismo proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor.

Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores.

No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Difícilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste.

92. FUNCIÓN PÚBLICA DEL PROCESO.

Colocada en primer plano la premisa de que el derecho satisface antes que nada una necesidad individual,

debemos hacernos cargo de la proyección social que esta tutela lleva consigo.

En un trabajo contemporáneo[59] se afirma que "para el proceso civil como institución está en primer lugar el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica. El particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica".

En nuestro concepto, en cambio, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste.

El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos.

En este sentido, y acaso sólo en éste, corresponde compartir la teoría que señala al proceso como el medio idóneo de asegurar la *lex continuitatis* del derecho, su efectividad en la experiencia jurídica[60].

Ése es, sin duda, su fin social, proveniente de la suma de los fines individuales.

La idea desenvuelta en los capítulos anteriores, relativa a la necesaria conexión de los conceptos de acción y de excepción con las garantías constitucionales que tutelan la persona humana[61], se proyecta ahora en el campo de la tutela constitucional del proceso.

[59] SCHÖNKE, *La necesidad de la tutela jurídica*, en "Rev. J. C.", t. 2, p. 57, cit., y en "Riv. D. P.", 1948, I, p. 132, con apostilla de CARNELUTTI.

[60] SANDER, *Staat und Recht*, Leipzig, 1922, referido por SOLER, *Los valores jurídicos*, en "Rev. J. C.", p. 57.

[61] *Supra*, nos. 45 y ss.; 61 y ss.

§ 3. TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO

93. CONCEPTO DE "TUTELA DEL PROCESO".

El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho[62], es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido.

Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar.

Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal.

La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales.

El problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que "las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios"[63], se cumple de una manera meramente formal y externa. El proceso sancionado por el legislador viola otras garantías de la misma Constitución. Supóngase la hipótesis de que una ley procesal oficialmente sancionada, priva del beneficio de la gratuidad de la justicia para los pobres[64], o impone la jurisdicción militar a los civiles en tiempo de paz[65], o viola el principio de igualdad ante

[62] SATTA, *La tutela del diritto nel processo,* en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953, p. 22.

[63] Uruguay, Constitución, art. 18.

[64] Uruguay, Const., art. 254.

[65] Uruguay, Const., art. 253.

la ley[66], o coloca bajo la autoridad de los magistrados acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni causan perjuicio a terceros[67] o autoriza a violar el hogar por la noche[68], o pena sin proceso y sentencia legal[69], o impone confiscación de bienes por razones de carácter político[70], o instituye juicios por comisión[71], o determina la irresponsabilidad del juez[72], o establece la irresponsabilidad del Estado por el daño que el juez cause en el ejercicio de su función[73], o viole sin razones de interés general los papeles de los particulares[74], o instituya la censura previa para la defensa en juicio[75], o prive del derecho de petición ante la autoridad[76], o viole la propiedad sin razones de interés general[77], o prive al juez de su independencia, con quebranto del principio de división de poderes, etc.

En estos casos el proceso como instrumento de la justicia ha sido desnaturalizado. Se trata de saber si es posible, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de Estado de derecho, evitar este mal. En otras palabras: si es posible tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho.

94. La garantía constitucional.

En su desenvolvimiento lógico, las premisas de este tema son las siguientes: a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona

[66] Uruguay, Const., art. 8.
[67] Uruguay, Const., art. 10.
[68] Uruguay, Const., art. 11.
[69] Uruguay, Const., art. 12.
[70] Uruguay, Const., art. 14.
[71] Uruguay, Const., art. 19.
[72] Uruguay, Const., art. 23.
[73] Uruguay, Const., art. 24.
[74] Uruguay, Const., art. 28.
[75] Uruguay, Const., art. 29.
[76] Uruguay, Const., art. 30.
[77] Uruguay, Const., art. 32.

humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituír ese proceso; c) pero la ley no puede instituír formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes.

Pero ¿qué es una razonable oportunidad de hacer valer el derecho?

En términos muy generales se ha dicho[78] que esta garantía consiste en: a) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita; b) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, presentar documentos relevantes y otras pruebas; c) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituído de tal

[78] WILLOUGHBY, *The constitutional law of the United States*, cit., t. 3, p. 1709. Existe también en los Estados Unidos una copiosa literatura acerca del concepto de *due process of law*, el cual no sólo es la garantía procesal de la defensa en juicio, sino también la garantía general del derecho. Cfr. MOTT, *Due process of law. A historical and analytical treatise of the principles and method followed by the Courts in the application of the law of theand*, Indianápolis, 1926, p. II; MCGEHEE, *Due process of law under the Federal Constitution*, Northport, Long Island, 1906; TAYLOR, *Due process of law and the equal protection of the laws*, Chicago, 1917; *Corpus Juris Secundum*, vol. 16 (1939), *Constitutional law*, Subd. XII, §§ 567/707; *American jurisprudence*, 1938, vol. 12. *Constitutional law*, Subd. XIV, §§ 567/701; ROTTSCHAEFER. *Constitutional law*, 1939; WOOD, *Due process of law*, Louisiana, 1932/1939/1952; REPPY, *Civil rights in the United States*, New York, 1951; BOSKEY y PICKERING, *Federal restrictions on state criminal procedure*, "Chicago Law Review" (1946), p. 266; FELLMAN, *Rigth to Counsel in State Courts*, "Nebraska Law Review", 1951, p. 15; INBAU, *The confession dilema in the United States Supreme Court*, "Illinois Law Review", 1948, p. 422; ALLON, *Wolf case: search and seizure. Federalism and the civil liberties*, en "Illinois Law Review", 1950, p. 1; PERLMAN, *Due process and the admissibility of evidence*, en "Harvard Law Review", 1951, p. 1304; COOPER, *Administrative agencies and the Court*, Michigan, 1951.

manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; d) que sea un tribunal competente[79].

Esta enumeración atañe al demandado; es lo que se ha mencionado con la denominación genérica de tener derecho a estar un día ante el tribunal (*his day in Court*)[80]. Pero las garantías constitucionales del proceso alcanzan también al actor, que puede ser privado por ley de su derecho a reclamar judicialmente lo que es suyo en forma irrazonable; a los jueces que pueden ver afectadas en la ley las garantías de su investidura; a los testigos y peritos, a quienes pueden vulnerarse derechos humanos; etc.

El tema exige, pues, una consideración de carácter general.

95. EL PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora[81].

[79] Cfr. el fallo en sentido análogo, publ. en "L. J. U.", t. 15, p. 114.

[80] Cfr. el reciente estudio, de claro sentido político, de GRISWOLD, *The fifth amendment, an old and good friend*, en "American Bar Association Journal", 1954, p. 502.

[81] Los informes más recientes en esta materia muestran disposiciones que, directa o indirectamente, tutelan la eficacia del proceso civil o penal, como garantía de la persona humana: Constituciones de Albania (1950), art. 22; Alemania Occidental (1949), arts. 133 a 136; Argentina (1949), art. 29; Austria (1929, con relación a las Verfassungsgesetzte de 1862, 1867 y 1919); Berlín (1950), arts. 9, 65 y 67; Bélgica (1831), arts. 7 y 8; Birmania (1947), art. 27; Bolivia (1945), arts. 7, 11 y 14; Brasil (1940), art. 122; Bulgaria (1947), art. 82; Cirenaica (1949), art. 10; Colombia (1947), art. 4; Costa Rica (1949), art. 39; Cuba (1940), art. 28; Checoslovaquia (1948), arts. 3, 134 y 144; Chile (1943), art. 11; China (1947), art. 8; Dominicana (1947), art. 6; Ecuador (1946), arts. 121 y 169; España (1945), arts. 17, 18 y 19; Francia (1946), sin proclamación expresa, pero ínsita en el Preámbulo; Guam (1949), art. 6; Guatemala (1945), arts. 42 y 175; Hungría (1949), art. 40; India

Esos preceptos constitucionales han llegado hasta la declaración universal de los derechos del hombre, formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, cuyos textos ya citados con anterioridad dicen:

"8º. Toda persona tiene un recurso para ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley".

"10º. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Incumbe a la doctrina, la responsabilidad de saber qué significa en el lenguaje universal, "un proceso", "un recurso", "plena igualdad", "ser oído públicamente", etc.

96. ALCANCE DE LAS SOLUCIONES.

La teoría de la inconstitucionalidad de la ley procesal no es, propiamente, una guía de orientación para

---

(1949), art. 21; Indonesia (1950/1951), arts. 12, 13 y 14; Irlanda (1937), art. 38; Italia (1947), arts. 24 y 25; Japón (1946), art. 31; Laos (1947), situación análoga a la de la Constitución francesa; Liechtenstein (1921), art. 23; Lituania (1928, pero sin información posterior), art. 12; Luxemburgo (1868/1948), art. 12; México (1938), art. 20; Nicaragua (1938), art. 20; Nicaragua (1948), arts. 40, 45 y 49; Noruega (1814/1948), art. 96; Panamá (1946), arts. 32 y 33; Paraguay (1940), art. 26; Perú (1933), art. 57; Polonia (1935, pero sin información ulterior), art. 68; Portugal (1933), art. 8; Rumania (1948), art. 30; El Salvador (1950), art. 164; Samoa (1949), art. 28; Siam (1949), art. 30; Siria (1950), art. 10; Suiza (1874/1947), art. 50; Turquía (1924), art. 72; U. R. S. S. (1936), art. 112; Uruguay (1952), art. 12; Venezuela (1931), art. 76; Yugoslavia (1946), art. 28. Para la obtención de estas referencias se han utilizado los volúmenes de la Union Interparlementaire. *Information Constitutionnelle et Parlementaire, Section Autonome des Services Généraux des Parlements, avec la collaboration du Bureau Interparlementaire*, Ginebra, 1948/1949/1950; y de las Naciones Unidas, *Yearbook on Human Rights for 1950*, New York, 1952.

el intérprete. Antes bien, es una construcción jurídica que determina el ámbito de validez de la obra legisladora.

Más que al juez, al defensor, al profesor, esta teoría se dirige al legislador. Ella contiene las admoniciones del constituyente y traza los límites dentro de los cuales éste puede desenvolver su cometido. En último término, esa teoría constituye lo que se ha llamado[82] la tutela jurídico-constitucional de las libertades.

La tarea del juez, del defensor, del docente, se desenvuelve *a posteriori*, cuando se trata de juzgar si la obra del legislador se ha realizado dentro del ámbito fijado por la norma constitucional. En cambio, para el legislador, la norma constitucional es un *a priori* de su tarea.

No existe una teoría general de la tutela constitucional del proceso, en el sentido de enumeración conclusiva de soluciones. La tesis sentada para un derecho positivo, puede no tener validez para otro. En todo caso, esta teoría consiste en determinar la relación entre el ámbito de validez de una Constitución, en sentido positivo, y la forma dada a un proceso por una ley dictada dentro de ese mismo derecho positivo.

Existe, en este orden de cosas, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, una importante casuística que puede servir de ejemplo acerca de una prolongada experiencia histórica de vigilancia constitucional sobre el proceso.

Aun admitiendo que el problema se plantea en términos algo diferentes en los países de derecho codificado, nos permitiremos enumerar algunas de las más importantes soluciones a título de ilustración del pensamiento principal que inspira este capítulo[83].

[82] CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, con una cuidadosa confrontación de los recursos constitucionales en los sistemas suizo, austríaco, bávaro, alemán, del Palatinado y Asia.

[83] Los distintos casos han sido tomados de las obras citadas al pie del parágrafo 86, así como de la obra *The Constitution of the United States of America*, ed. del Gobierno de los Estados Unidos, Washington, 1938. Ha sido

97. INCONSTITUCIONALIDAD POR FALTA DE CITACIÓN.

La tutela constitucional del proceso requiere una correcta citación. Ésta es la aplicación elemental del precepto *audiatur altera pars*, varias veces mencionado a lo largo de este libro.

La falta de citación en un caso concreto, apartándose de lo preceptuado por la ley, apareja nulidad según criterio dominante en el derecho procesal comparado[84]. Pero la inconstitucionalidad de la ley procesal se presenta cuando la ley autoriza un emplazamiento que no configura una razonable oportunidad de que el demandado llegue a tener conocimiento del juicio[85].

El caso se presenta, reiteradamente, por ejemplo, en algunas legislaciones estaduales de América Latina, que permiten seguir el juicio en rebeldía a personas notoriamente domiciliadas fuera de la ciudad donde tiene su sede el tribunal. Un simple emplazamiento colocado en la oficina judicial mediante un anuncio al demandado, suple a la notificación efectiva.

Numerosos juicios de divorcio se apoyan sobre procedimientos de esta índole. Si la ley autoriza tal cosa, es visiblemente inconstitucional ante el texto de la Constitución menos exigente en este orden de problemas.

Los países latinos exigen muchas más solemnidades para la citación que los países anglosajones. En éstos, al amparo del precepto de que los abogados son funcionarios del tribunal, se admite la citación verificada por el propio abogado adversario[86]. Una solución semejante

---

traducida al español, en una ed. de Kraft Ltda., Buenos Aires, 1949. Han sido utilizados, además, en nuestro estudio *El debido proceso como tutela de los derechos humanos*, cit. La casuística del derecho argentino ha sido resumida últimamente por DE LA RIESTRA, *La garantía constitucional del debido proceso*, en "J. A.", 1955-II, sec. jur. extr., p. 3.

[84] *Infra*, nº 237.

[85] Grannis *v.* Ordean, 234 U. S. 385, 395 (1914).

[86] *Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States*, Washington, 1938, regla V. B.

no prevalecería en muchas legislaciones latinas, donde la citación debe ser realizada necesariamente por funcionarios públicos.

Como proposición válida para los dos sistemas jurídicos, podríamos establecer la de que la demanda debe ser efectivamente comunicada al demandado, según las formas que la ley procesal determine. Puede hacerse, por supuesto, comunicación indirecta, tal como lo establecen muchas legislaciones. Hoy no se exige unánimemente una citación en la persona misma del demandado. Pero se exige que verosímilmente el demandado tenga noticia del proceso.

La citación por edictos debe también tener esas características. La forma y plazo de los mismos deben ser razonablemente proporcionados al lugar, a los medios de información, a las posibilidades de comunicación.

La ley que no instituyera formas eficaces y términos razonables para enterarse, estaría viciada de inconstitucionalidad.

98. INCONSTITUCIONALIDAD POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO.

Un caso importante decidió hace ya mucho tiempo, el valor de una ley estadual de Texas que establecía un término de cinco días para que compareciera un demandado en Virginia[87]. Según la propia sentencia, se necesitaban cuatro días para trasladarse de un lugar a otro.

Es ésta una situación clara de inconstitucionalidad de una ley procesal.

No conocemos precedentes de una situación semejante dentro del derecho de la codificación. Pero por aplicación de los principios que nos son familiares[88], debe llegarse a análoga conclusión. Como bien se advierte,

[87] El fallo es Roller *v.* Holly, 176 U. S. 398, 407, 408; su emisión es de 1900. Los medios de comunicación han cambiado, pero la tesis sigue siendo válida.

[88] *Supra*, nos. 61 y ss.

el vicio no se hallaría en el acto procesal, que podría ser válido con arreglo a la ley, sino en la ley que estaría en pugna con la inviolabilidad del derecho de defensa tutelado por la Constitución.

99. INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE AUDIENCIA.

La proposición básica ya anticipada en esta materia es la de que la privación de una razonable oportunidad de ser escuchado, supone violación de la tutela constitucional del proceso[89].

No se establecen a este respecto, formas solemnes. Pero se requiere un mínimo de posibilidades, antes de ser dictada la sentencia.

A análoga conclusión se llegaría aplicando los conceptos de legislación y de doctrina que nos son familiares.

Una ley que prive de audiencia, ya sea oral, ya sea escrita, es violatoria de la tutela constitucional del proceso.

La máxima de que nadie puede ser condenado sin ser escuchado, ha pasado del lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje popular. O, acaso, si bien se piensa, es probable que el recorrido haya sido inverso y que la sabiduría popular sea la que ha impuesto esa regla al pensamiento jurídico.

100. INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE PRUEBA.

Cuando se examinan en conjunto las decisiones de los tribunales en materia de prueba, se advierte que frecuentemente se trata de corregir errores de procedimiento o desviaciones de aquellas garantías que todos los códigos procesales, especialmente de la materia criminal, consideran como una seguridad mínima del demandado.

[89] Wilson *v.* Stanneder, 184 U. S. 399, 415 (1902).

Se reconoce al legislador el derecho de regular la prueba[90]. Pero se ha declarado, por ejemplo, que se viola la garantía del debido proceso, cuando se obtiene una condena por la presentación de un testigo que las autoridades acusadoras reconocen que es perjuro[91], o cuando se trata de una simple apariencia de juicio[92].

Estrechamente ligado a estas circunstancias, se halla el tema relativo a las presunciones legales. La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha decidido que compete a los Estados, en su legislación interna, establecer el régimen de presunciones legales que ha de regir la tarea de los jueces. Pero junto a ese principio se ha sostenido que viola la garantía constitucional, el establecimiento de presunciones ilógicas o que instituyen "una discriminación odiosa" o que tienden a privar a una parte de la oportunidad razonable para presentar los hechos pertinentes a su defensa[93].

También aquí cabe formular la distinción entre motivos de nulidad, por infracción a la ley, y motivos de inconstitucionalidad de la ley por violación de la garantía del proceso.

Las garantías de la prueba pertenecen, en el sistema de la codificación, a la ley ordinaria, la que ordena la producción de la misma con un criterio de razonable equidad para ambas partes, con arreglo al principio de igualdad de ellas en el proceso[94]. Todos los días nuestros tribunales anulan procedimientos por apartamiento de las garantías inherentes a la producción de la prueba.

En cambio, de acuerdo con nuestro criterio, sería

[90] Hawes *v.* Georgia, 258 U. S. 1 (1922); Lindsley *v.* Natural Carbonic Gas Cº, 220 U. S. 61, 81 (1911); Adams *v.* New York, 192 U. S. 585, 588 (1904).

[91] Mooney *v.* Holoham, U. S. 103, 112 (1935).

[92] Brown *v.* Mississippi, 297 U. S. 278, 286 (1936).

[93] Bandini Petroleum Cº *v.* Superior Ct., 284 U. S. 8, 18 (1931); Mobile J. y K. C. R. Cº *v.* Henderson, 279 U. S. 639, 642 (1929).

[94] *Infra*, nº 116.

correcta la conclusión de que una ley instituyendo una presunción absurda o irrazonable que no admita prueba en contrario, es violatoria de la garantía constitucional de defensa en el juicio.

101. INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE RECURSOS.

Reiteradamente se ha sostenido que las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento[95]; sobre este punto la conclusión es pacífica. Pero se ha sostenido, en cambio, que la apelación es esencial, si la primera instancia se ha desenvuelto en forma tal que priva al litigante de garantías mínimas de la defensa[96].

Dentro del empirismo de su formulación, estas dos proposiciones contienen ideas que deben reputarse válidas.

La privación de un recurso de apelación no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso. Cuando todavía se discute el tema de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer en favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución[97]. La Constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia.

Pero ¿qué decidir si la única instancia se encuentra privada de garantías de defensa de tal forma que prácticamente invalida sus resultados? ¿Qué concluír cuando la instancia es sólo aparentemente un proceso, pero en

[95] James *v.* Appel, 192 U. S. 129, 137 (1904); Pittsburg C. C. y St. L. R. Cº *v.* Backus, 154 U. S. 421 (1894); Roetz *v.* Michigan, 188 U. S. 505, 508 (1903); Andrews *v.* Swartz, 156 U. S. 272, 275 (1895); Twining *v.* New Jersey, 211 U. S. 78 (1908).

[96] Ohio ex rel. Bryant *v.* Akron Metropolitan Park Dis., 281 U. S. 74 (1930); Brown *v.* Mississippi, 207 U. S. 278, 286 (1936); Moore *v.* Depsey, 261 U. S. 86, 91 (1923).

[97] *Infra*, nº 106.

sustancia no permite formar un juicio acerca del derecho cuestionado?

El problema adquiere extrema magnitud cuando la instancia tiene carácter administrativo y no judicial. En otros términos: cuando se trata de saber qué derechos acuerda la Constitución a los ciudadanos en los casos en que la Administración, sin proceso sustancial, les priva de sus derechos.

El punto tiene extrema importancia. Sólo puede ser tratado aquí esquemáticamente, lo que haremos por separado.

102. INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE REVISIÓN JUDICIAL.

El tema precedentemente apuntado dice relación con el sistema que el derecho público positivo de cada país instituye para la revisión de los actos administrativos.

Una instancia administrativa puede ser, efectivamente, un proceso con todas las garantías que para él instituye la Constitución. En nuestro derecho los procedimientos electorales y la adquisición o pérdida de la ciudadanía, se hallan fuera de la jurisdicción común, confiados a una Corte electoral compuesta con mayoría de jueces neutrales. Nada habría que observar a una instancia, aun de índole administrativa, con procedimientos y jueces de tal categoría.

Pero si esas garantías no existen, la revisión judicial del acto administrativo constituye el mínimo de garantía derivado de la tutela constitucional del proceso.

Más de una vez la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sentado el principio de que no incumbe a los tribunales investigar la intención de los gobernantes, ni criticar sus razones de actuación: "sus conocimientos y buena fe no pueden ser puestos en materia de juicio". Pero en cambio de ello, ese país ha dado importantes

pasos hacia adelante en la ordenación de sus procedimientos administrativos[98].

La tradición francesa, en cambio, a la cual la mayoría de nuestros sistemas se ha plegado, opta por la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa y aun legislativa. La última reforma de la Constitución uruguaya, fiel a este concepto, ha instituído no sólo la acción efectiva del tribunal de lo contencioso-administrativo, sino también todo un sistema de recursos de impugnación de los actos administrativos para ante los propios órganos de la Administración, ante sus superiores jerárquicos, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y aun ante la jurisdicción ordinaria[99].

No cabe sentar preceptos generalmente obligatorios en este orden de cosas, puesto que el derecho público de cada país forma parte de su propia trayectoria histórica. Pero creemos ser fieles a nuestra mejor convicción, cuando proclamamos que sólo un sistema amplio de verificación jurisdiccional de la acción administrativa, corresponde a la concepción democrática del gobierno y a la tutela de los individuos frente al orden jurídico que rige su vida.

103. INCONSTITUCIONALIDAD POR INIDONEIDAD DEL JUEZ.

Como bien se ha dicho[100], todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio; si el individuo no encuentra ante sí jueces capaces de darle la razón.

[98] Cfr. BOSCH, *El procedimiento en los Estados Unidos de América*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo", t. 4 (1953), p. 9, cit.

[99] Cfr. últimamente, MÉNDEZ, *El contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1952; SAYAGUÉS LASO, *El tribunal de lo contencioso administrativo*, Montevideo 1952; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución de 1952*, Montevideo, 1953.

[100] CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale", Padova, 1953, p. 3.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que es garantía fundamental la existencia de un tribunal "competente e imparcial"[101] y que viola la garantía del *due process of law* la existencia de un juez inferior que cobra sus servicios sólo cuando condena al demandado y no cuando lo absuelve[102].

Con motivos más consistentes, desde el punto de vista de la fundamentación, nosotros deberíamos llegar a conclusiones análogas.

En nuestro concepto, la garantía constitucional exige, cuando menos, tres condiciones: independencia, para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones; autoridad, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos; y responsabilidad, para que el poder no se convierta en despotismo[103].

[101] Jordan *v.* Massachusetts, 255 U. S. 167, 176 (1912).

[102] Tumey *v.* Ohio, 273 U. S. 510, 523, 531 (1927).

[103] Cfr., en general, MENDONÇA LIMA, *As garantias da magistratura brasileira e o sistema dos paises americanos*, en "Revista Forense", Rio de Janeiro, 1952, nº 565.

Parte Segunda

DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO

104. Planteamiento del tema.

Mediante los actos iniciales inherentes a la acción y a la excepción, *se constituye*, normalmente, el proceso.

A partir de ese momento, comienza su *desenvolvimiento*, el que no habrá de cesar hasta que los fines de la acción o de la excepción queden satisfechos. Ese desenvolvimiento se divide en instancias.

Cabe preguntarse, entonces, cómo se opera ese desenvolvimiento.

El juicio está constituído por un debate entre partes en el que ambas exponen ordenadamente sus puntos de vista; mediante pruebas, que son medios de verificación de las proposiciones de las partes; y mediante decisiones del tribunal que proveen al impulso y resuelven los conflictos surgidos.

El proceso de los países de formación española mantiene aún, por razones históricas bien definidas, una estructura semejante a la que tenía el juicio romano-canónico del siglo XIII, tal como lo desenvolvían los grandes glosadores de la Escuela de Bolonia.

La instancia, según era concebida en el *stylus curiae* y como fue trasladada por Jácome Ruiz, llamado *El Maestro Jacobo de las Leyes*, a la Partida III, se hallaba dividida en etapas y plazos que corresponden con exactitud casi perfecta al procedimiento que aún nos rige[1].

[1] Jacobo de las Leyes, *Suma de los nueve tiempos de los pleitos*, ps. 377 y ss. del libro de Ureña y Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924. Asimismo, Alcalá Zamora

Una comparación nos da el siguiente resultado:

SIGLO XIII	SIGLO XX
Proceso romano-canónico	*Proceso hispano-americano*
1º) Terminus ad dandum libellum.	1º) Escrito de demanda.
2º) Terminus ad omnes dilatorias et declinatorias preponendas.	2º) Oposición de excepciones dilatorias.
3º) Terminus ad audiendum interloqui super dilatorias.	3º) Decisión de las excepciones dilatorias.
4º) Terminus ad litem contestandam.	4º) Contestación de la demanda sobre el fondo.
5º) Terminus ad jurandum de calumnia.	5º a 9º) Proposición y producción de la prueba.
6º) Terminus ad ponendum positiones.	
7º) Terminus ad respondendum positiones.	
8º) Terminus ad articulandum.	
9º) Terminus ad probandum.	
10º) Terminus ad concludendum.	10º) Alegatos de bien probado, o de conclusión.
11º) Terminus ad audiendam sententia.	11º) Sentencia.

Mientras los códigos de principios del siglo XIX se apartaban del planteamiento romano-canónico, especialmente los códigos de tipo napoleónico, el proceso español y portugués se mantenía en él aun a mediados del siglo (1855), quedando desde esa fecha fijado hasta hoy en las Leyes de Enjuiciamiento.

---

y CASTILLO, *Estudios*, ps. 462 y ss. Últimamente, MONTAGU, *Origen y formación del proceso civil moderno*, en el volumen *Cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional*, La Habana, 1954, p. 297.

Sobre su base se hallan construídos los códigos de casi todos los países de América del Sud y Central; y aun en la América del Norte se encuentran los de California y Luisiana[2].

A este tipo de juicio español, que CHIOVENDA ha llamado *autónomo* respecto a todo el resto del procedimiento europeo, pertenecen las nociones fundamentales que se pasan a exponer.

[2] Sobre esta evolución: BECEÑA, *Notas*, p. 41; PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. I, p. 4. Para nuestro derecho: GALLINAL, *Fuentes de nuestra legislación procesal en materia civil*, en "Rev. D. J. A.", t. 18, p. 225; BRIONOLE, *La justicia en la Colonia*, Montevideo, 1930. Para el derecho luso-brasileño, la contribución de LIEBMAN, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1949, p. 154.

Capítulo I

LA INSTANCIA

§ 1. CONCEPTO DE INSTANCIA

105. Diversidad de acepciones del vocablo.

En su acepción común, instancia significa requerimiento, petitorio, solicitud. Se dice, entonces, que los actos procesales se realizan de oficio o a *instancia* de partes, según que los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados.

En una acepción más restringida, se denomina instancia el ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez. Es ésta la definición contenida en algunos textos legales[1]. Con ella se significa que, además de requerimiento, instancia es acción, movimiento, impulso procesal. Se habla, entonces, de llevar adelante la instancia, de conclusión de la instancia, o, por oposición, de perención o caducidad de la instancia.

Pero en la acepción técnica más restringida del vocablo, y a la que se refiere específicamente este capítulo, instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, enton-

[1] Uruguay, art. 1; Ecuador, 64.

ces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia[2].

El proceso se desenvuelve, pues, en instancias o grados. Este desenvolvimiento así ordenado, se apoya en el principio de preclusión[3]. Una instancia sucede a la otra o precede a la otra; y no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera.

106. La instancia y el proceso.

La relación que existe entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es un fragmento o parte del proceso. Pero esta circunstancia no obsta a que la instancia pueda constituír por sí sola todo el proceso.

En los juicios de instancia única, instancia y proceso se confunden: aun en los juicios de instancia múltiple, la instancia constituye todo el proceso si el vencido renuncia a interponer el recurso de apelación.

La instancia tiene, por su parte, una estructura particular. Esa estructura o composición difiere entre la primera y la segunda o ulteriores instancias. La primera se caracteriza por la amplitud del debate y de recepción de los materiales de conocimiento. Las ulteriores, en grado de apelación, se circunscriben a lo requerido por la revisión de la sentencia apelada.

Pero una y otra forma de instancia tienen elementos comunes que serán examinados a continuación: el impulso procesal, que es el que la conduce desde su promoción hasta su decisión; y las formas procesales, que se desarrollan con arreglo a principios reguladores no sólo de las instancias, sino también del proceso mismo.

[2] MACHADO GUIMARAES, *A instancia e a relação processual*, cit., p. 61, propone sustituír el concepto "instancia" por el de "relación procesal"; pero esa sugestión no se adapta al léxico castellano.

[3] *Infra*, nº 121.

107. Unidad o pluralidad de instancias.

Uno de los problemas de política procesal que durante más tiempo ha requerido la atención de los reformadores de la legislación de este campo del derecho, es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias en el proceso[4].

En el proceso primitivo no se concibe la pluralidad de instancias. Siendo el fallo una manifestación de la divinidad, no existe órgano superior a ella capaz de revocar sus decisiones. Pero a medida que el proceso va incorporándose al orden estatal, se va advirtiendo la conveniencia de poner a las partes a cubierto del error o la arbitrariedad del juez. Específicamente en los casos de justicia delegada del poder señorial o real, se reputa siempre que el rey o señor tienen el poder de decidir en último grado el caso decidido por sus delegados.

En su etapa actual, el problema se plantea como un poder de revisión de parte de los órganos superiores de la jurisdicción. Pero entonces surge el planteamiento en estos términos: si en último término, la sentencia del juez superior es la que ha de prevalecer, la primera sentencia es innecesaria y podría irse directamente, *omisso medio*, a la sentencia definitiva.

Sin embargo, el problema, que continúa siendo objeto de debates, es más complejo de lo que parece en ese planteamiento. La primera instancia debe ser siempre destinada a recoger las exposiciones de las partes y los materiales de prueba requeridos por la decisión. La

[4] Cfr. entre la literatura más reciente: Carnelutti, *Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal argentino*, en "La Ley", t. 51, p. 1126; Prieto Castro, Comunicación al II Congreso de la *Associazione fra gli studiosi del processo civile*, celebrado en Viena en 1953; Pasini Costadoat, *Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1946; Beceña, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en "Rev. D. Privado", 1933, p. 67; Bellavitis, *Sul concetto del doppio grado di giurisdizione*, en "Riv. D. P. C.", 1931, II, p. 3; Jofré, *Doctrina de la doble instancia*, en "J. A.", t. 1, p. 131; Costa, *El recurso de apelación*, Buenos Aires, 1950.

tendencia actual es a confiar a un juez unipersonal la tarea de recoger esos materiales. Un cuerpo colegiado es, por su propia composición, menos apto para realizar ese cometido. Pero en cambio, el juez unipersonal ofrece menos garantías en la decisión; y de aquí surge la necesidad de no dar a ese órgano unipersonal, los plenos poderes de decisión, única e irrevocable, sobre la conducción del procedimiento o la decisión del asunto.

La segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable. En todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad. Lo que la técnica legislativa procesal debe asegurar es que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías. A ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia, tal como surge de la solución tradicional española, distinta en ello a las europeas del siglo XIX, según se verá en oportunidad[5].

Este tema, cuya índole escapa a los propósitos de este libro, pero cuya mención por lo menos no puede ser omitida, se plantea al legislador como un dilema entre el principio de economía procesal y el de justicia en la decisión: ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia.

§ 2. DESENVOLVIMIENTO DE LA INSTANCIA

108. El impulso procesal.

Se denomina impulso procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo.

[5] *Infra*, nº 219.

En el léxico jurídico francés se utiliza el concepto *remonter le procès,* en el sentido que corresponde al lenguaje castellano de dar cuerda a una maquinaria para asegurar su impulso y funcionamiento continuado. El principio de impulso consiste, pues, en asegurar la continuidad del proceso.

El impulso procesal se obtiene mediante una serie de situaciones jurídicas que unas veces afectan a las partes y otras al tribunal.

Las partes están gravadas frecuentemente con cargas procesales, que son situaciones jurídicas que conminan al litigante a realizar determinados actos, bajo amenaza de continuar adelante prescindiendo de él. El tribunal coopera al desenvolvimiento del juicio señalando, por propia decisión y dentro de los términos de la ley, plazos para realizar los actos procesales. La estructura misma del juicio contribuye, por su lado, a que, agotados los plazos que se conceden para realizar los actos, se considere caducada la posibilidad de realizarlos (preclusión)[6], pasándose a los actos subsiguientes.

El conjunto de estas situaciones asegura el impulso procesal de tal manera, que es el propio interés de las partes el que les mueve a realizar los actos dentro del término que se les señala. El juicio marcha, así, incesantemente, impulsado por las partes o por el tribunal hacia su destino, sin detenerse, salvo por acuerdo expreso o tácito de parte, sin regresar jamás.

Para que la preclusión se produzca, es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente[7].

Pero a su vez, para que el plazo deba tenerse por extinguido, debe examinarse previamente su propia naturaleza.

De esta circunstancia deriva la necesidad de examinar la naturaleza, caracteres y eficacia de los plazos

[6] *Infra,* nº 121.
[7] *Infra,* nº 121 *in fine.*

procesales, tema éste que pasamos a exponer a continuación.

109. LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO.

El impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio.

Cuando hablamos de que el proceso se desenvuelve avanzando desde la demanda hasta la sentencia, utilizamos tan sólo una metáfora, pues la relación es de carácter puramente temporal: una relación de pasado - presente - futuro. Avanzar significa ir realizando etapas que se van desplazando hacia lo pasado y preparar otras que se anuncian en lo porvenir. El proceso no es una cosa hecha, un camino que deba recorrerse, sino una cosa que debe hacerse a lo largo del tiempo.

Los plazos son, pues, los lapsos dados para realización de los actos procesales[8].

Durante ellos deben satisfacerse las cargas si no se desea soportar las consecuencias enojosas del incumplimiento. El tiempo crea, modifica y extingue también los derechos procesales concretos.

110. CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS

En la terminología española habitual, las palabras *plazo* y *término* se utilizan indistintamente.

[8] BARBOSA DE MAGALHAES, *Prazos de caducidade, de prescrição e de propositura de ações*, Lisboa, 1950; DE LA PEÑA, *Términos judiciales del Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial de la Capital de la República Argentina*, 2ª edición, Buenos Aires, 1939; RIVAROLA, *Carácter perentorio de los términos en el Código de la Provincia de Buenos Aires*, publ. en "J. A.", t. 71, p. 168, y en "La Ley", t. 19, sec. doct., p. 35; LAZCANO, *Improrrogabilidad y perentoriedad de términos judiciales*, en "La Ley", t. 19, p. 131. En la doctrina extranjera: STEA, *La teoria dei termini nel diritto processuale italiano*, Torino, 1912; S. COSTA, *Termini*, en "N. D. I.", t. 12, p. 65; LANDI, *Il tempo nel diritto giudiziario civile*, 1908. En sentido histórico, PAOLI, *Les définitions de Varron sur les jours fastes et néfastes*, en "Revue Historique de Droit Français et Étranger", 1952, III, p. 293.

No ocurre lo mismo en el derecho alemán, en que el término es el conjunto de días que separan de un momento dado (una audiencia, por ejemplo) y plazo el margen de tiempo dentro del cual se pueden realizar los actos.

El concepto que hemos de manejar es este último, y no el primero, ya que aquél sólo en contados casos se presenta dentro del procedimiento escrito de nuestros países.

111. Plazos legales, judiciales y convencionales.

Una primera clasificación de los plazos procesales es la que los divide según su origen: plazos *legales*, *judiciales* y *convencionales*.

Como las palabras lo dicen, plazo legal es aquel que está fijado por la misma ley. Así, por ejemplo, el término para oponer excepciones dilatorias, el de prueba, el término para deducir el recurso de apelación, son legales, por cuanto es la ley la que fija el margen de tiempo.

Términos judiciales son los que ha dado el juez. Así, por ejemplo, el juez puede, dentro del término legal de prueba, fijar un plazo menor[9]. Puede, asimismo, fijar plazos discrecionales para que las partes realicen ciertos actos; por ejemplo, prestar fianza de arraigo, rendir cuentas, entregar documentos, etc.

Términos convencionales son aquellos que las partes establecen por acuerdo. Así, por ejemplo, si antes de vencer el término de prueba, las partes hubiesen producido ya todas sus probanzas y estuvieran de acuerdo en dar por concluso el término probatorio, pueden pedirlo al juez.

[9] Uruguay, art. 335; Cap. Fed., 112; Bolivia, 166; Colombia, 746; Cuba, 552; España, 553; México (D. F.), 299; Paraguay, 113; etc.

112. PLAZOS COMUNES Y PARTICULARES.

Una segunda clasificación surge en razón del sujeto a quien el plazo procesal afecta. Se distinguen, entonces, los plazos *comunes* de los plazos *particulares*.

Se dice que un plazo es común cuando dentro de él la posibilidad de realizar actos procesales corresponde a ambas partes. Así, el término de prueba es común; el plazo para tachar los testigos también es común; etc.

En cambio, se habla de plazo particular cuando el margen de tiempo dado por la ley se refiere tan sólo a una de las partes que ha de realizar el acto procesal. Así, el término dado para contestar la demanda es término particular del demandado; el término dado para alegar de bien probado es término particular del actor o del demandado[10]; el término dado para expresar agravios es particular del apelante.

113. PLAZOS PRORROGABLES E IMPRORROGABLES.

Una tercera clasificación es la que divide los plazos en razón de la posibilidad o imposibilidad de extenderlos. Se habla entonces de plazos *prorrogables* y plazos *improrrogables*.

Son plazos prorrogables aquellos que tienen la posibilidad de extenderse a un número mayor de días del señalado por la ley o por el juez. Así, el término para contestar la demanda es de nueve días, prorrogables por cinco más; el término para alegar de bien probado es de diez días prorrogables por cinco más. El término de la apelación es improrrogable.

En la mayoría de las legislaciones, la condición de prorrogable es regla en el juicio ordinario[11].

[10] Solución diferente en el C. P. C. de la Cap. Fed. A su respecto, HALPERIN, *Cómputo del término para alegar*, en JOFRÉ, 5ª ed., p. 257.

[11] En contra, en las legislaciones más recientes, Santa Fe, art. 70; Córdoba, 97; Santiago del Estero, 73.

114. Plazos perentorios y no perentorios.

Una cuarta clasificación es la que surge en razón de la forma en que el plazo surte sus efectos. Se dividen entonces los plazos procesales en *perentorios* y *no perentorios*. Algunos autores, y la jurisprudencia, acostumbran llamarles plazos fatales y no fatales, o plazos preclusivos y no preclusivos.

Plazos perentorios son aquellos que, vencidos, producen la caducidad del derecho, sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. La extinción del derecho se produce por la sola naturaleza del término, lo que quiere decir que se realiza por ministerio de la ley. Son términos perentorios el de oponer excepciones dilatorias; el término de prueba; el término para deducir recurso de apelación; el término para deducir el recurso extraordinario. En todos estos casos la perentoriedad supone que, vencido el último día, se extinguió definitivamente la posibilidad de realizar el acto procesal.

Por oposición a los términos perentorios, que producen una caducidad automática, están los términos no perentorios. En ellos se necesita un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho procesal. Así, toda vez que la ley determine que una petición se sustanciará con un traslado, se entiende que el término dado para realizar ese acto es de seis días no perentorios[12], lo que significa que, vencido el sexto día, no se produce la caducidad del derecho a contestar, sino que es menester un acto de la otra parte tendiente a provocarla: el acuse de rebeldía. La parte contraria acusa la rebeldía de su adversario, es decir, denuncia al juez la omisión de realizar el acto procesal. Mediante ese acuse de rebeldía, caduca el derecho a realizar el acto procesal.

No existe, sin embargo, unidad de criterio frente al problema que consiste en saber cuál es la naturaleza del

[12] Uruguay, art. 603; Cap. Fed. 24; Paraguay, 25.

acto de acusación de la rebeldía (u omisión) del adversario. La duda consiste en determinar si lo que provoca la extinción de la facultad de realizar el acto procesal pendiente, es la manifestación de voluntad del adversario, o si, por el contrario, es la decisión del juez que provee favorablemente a esa manifestación de voluntad.

En el sentido de que es la manifestación de voluntad, se inclinan las opiniones apoyadas en el hecho de que incumbe a las partes y no al juez, frente al sistema dispositivo, asumir la iniciativa en los actos de impulso procesal[13]; acusada la rebeldía, el juez no puede sino hacer lugar a ella, aunque la diferencia de tiempo entre el escrito acusando la rebeldía y el escrito cumpliendo el acto procesal pendiente sea de pocos minutos en favor del primero. La jurisprudencia ha acompañado reiteradamente esta conclusión disponiendo la devolución del segundo escrito.

Pero en sentido contrario a esa manera de pensar, se advierte en los últimos tiempos una tendencia a invertir los términos del problema. Es, justamente, la jurisprudencia y no la doctrina, la que ha venido admitiendo reiteradamente que no es la voluntad de las partes, sino la decisión del juez la que produce la extinción de la facultad de cumplir el acto pendiente. Se sostiene, en este sentido, que el acuse de rebeldía no es otra cosa que un instituto tendiente a impedir la paralización del proceso; que en manera alguna confiere derechos especiales al adversario, sino que insta a las partes, en consideración a su propio interés, a conducir el juicio hasta su destino; que tampoco significa un modo de restringir la defensa en juicio y que, en la duda, debe optarse siempre por la solución que facilita el ejercicio de la defensa[14].

[13] ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 771.

[14] Así: "Rev. D. J. A.", t. 9, p. 275; "Jur. A. S.", t. 2, caso 539; "Rev. D. P. P.", t. 3, p. 177; "L. J. U.", t. 2, casos 424 y 581. Véase, en este sentido, el fallo publicado en "Rev. D. J. A.", t. 52, p. 135; y nuestra nota, *Desistimiento de rebeldía por acuerdo de partes*. Se trataba de un curioso e

Esta actitud conduce naturalmente a la conclusión de que, presentados el mismo día el escrito que acusa la rebeldía y el escrito pendiente, se da preferencia a éste y no a aquél; y que aun presentados en días diferentes, predomina el que cumple el acto, aunque sea de fecha posterior, siempre que ambos lleguen juntos al despacho del juez[15].

La actitud de la jurisprudencia en este último sentido tiene un fundamento político, pero no jurídico. La caducidad por acto del juez se hallaba instituída en las fuentes de nuestros códigos, las que concedían todavía un plazo de 24 horas posterior al decreto que tenía por acusada la rebeldía, pudiéndose realizar el acto dentro de ese tiempo. Ese sistema no fue aceptado en nuestro país. Los términos para realizar los actos son los señalados en la ley o los que, una vez vencidos aquéllos, surjan de la tolerancia del adversario. Pero acusada la rebeldía por la parte, la facultad de realizar el acto se ha extinguido. El juez no puede sino homologar esa actitud, limitándose a declarar la producción de sus efectos. Su decisión es simplemente declarativa y no constitutiva. La facultad se extingue porque en ese tipo especial de plazo, el impulso está asignado a la parte y no al magistrado.

Sin embargo, dada la naturaleza de las razones hechas valer por la jurisprudencia, y siendo esta solución concorde con una especie de línea general de ella en esta materia[16], puede predecirse que está llamada a imponerse, mientras subsistan los actuales textos legales.

Una aclaración sobre este particular, que aunque obvia luego de las ideas expuestas, se justifica por los

---

interesante conflicto entre el principio dispositivo y el de preclusión. Acusada una rebeldía y declarada por el juez, luego, por acuerdo de partes se pide la admisión del escrito omitido. El juez negó la admisión y luego modificó su criterio.

[15] Así, en el caso de "Rev. D. P. P.", t. 3, p. 177.

[16] Sobre esta corriente general, "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 17.

frecuentes equívocos que provoca, es la de que, normalmente, la condición de perentoriedad va unida a la condición de improrrogabilidad, y la condición de no perentoriedad va unida a la de prorrogabilidad. Esto ha llevado a que los tribunales, más de una vez, y hasta el propio legislador, en ciertos casos, lleguen a confundir estos dos caracteres del término procesal y a afirmar que un término de carácter improrrogable es perentorio, circunstancia que no coincide con lo que estrictamente debe ser. El término prorrogable o improrrogable lo es solamente en razón de poder o no ser extendido; y la condición de ser perentorio o no, lo es tan sólo con relación a la caducidad.

Por ejemplo, el término de prueba tiene el carácter de prorrogable y perentorio. Prorrogable, porque el término dado por el juez es extensible; si ha sido fijado por el juez un plazo de treinta días, pueden las partes pedir que ese término se prorrogue hasta sesenta días, si se ha de producir prueba fuera del lugar del juicio. Pero vencido el plazo de sesenta días, entonces la caducidad es automática, queda producida la preclusión del término probatorio y no se podrá realizar más prueba, ni aun por acuerdo de partes.

La regla dentro de nuestro sistema es la no perentoriedad de los términos; la excepción es la perentoriedad. Sólo ante texto expreso es posible concluír en la naturaleza perentoria de un término. Cuando la ley nada dice, se supone que el término es no perentorio[17].

Una evolución legislativa muy importante ha utilizado la solución de la perentoriedad para acelerar el juicio, a despecho de la inercia y de la pasividad de las partes. En los códigos más recientes se opta por este principio, siendo la perentoriedad la norma y la no perentoriedad la excepción[18].

[17] "Jur. A. S.", t. 1, caso 441. Cap. Fed., art. 42. FERNÁNDEZ, *Código*, p. 83.

[18] Así, por ejemplo, en el Código español para la zona de protectorado de Marruecos, art. 243; ha elegido la misma solución el Proyecto argentino redactado por la Comisión constituída por decreto de 3 de mayo de 1934 (art.

§ 3. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA INSTANCIA

115. Los principios formativos del proceso.

El proceso civil es, decíamos, un proceso dialéctico. En él se procura llegar a la verdad por la exposición de la tesis, de la antítesis y de la síntesis; de la acción, de la excepción, de la sentencia. Con ellas se ordena la instancia.

Pero la exposición de las ideas opuestas requiere la aplicación de numerosas previsiones particulares. No basta la dialéctica; es necesaria también la razonable distribución de las oportunidades dadas a las partes a lo largo de todo el discurso. El debate procesal es necesariamente un debate ordenado y con igualdad de oportunidades de hacer valer sus derechos por ambos contendientes.

Esta circunstancia conduce a señalar una serie de principios que lo regulan[19].

Los propios textos constitucionales comienzan por imponer al legislador algunos de esos principios.

Así, por ejemplo, el de que nadie puede ser condenado sin debido proceso; nadie puede ser detenido sin sumisión inmediata a juez competente; nadie puede ser juzgado sino en virtud de ley preexistente; nadie puede ser prendido por deudas (principio inherente a la ejecución civil); ni encerrado en cárceles que sean lugares de castigo (principio inherente a la ejecución penal); nadie puede ser privado de justicia en razón de su pobreza; etc.

---

42); los códigos argentinos de Santa Fe, art. 70; Córdoba, 97; S. del Estero, 73. Asimismo, nuestro *Proyecto*, art. 29. La solución inversa, sin embargo, ha sido consagrada en el Código italiano de 1940, art. 152.

[19] Fairen Guillén, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en "Rev. D. P.", 1949, I, p. 172; Millar, *Principios*; Prieto Castro, *Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal*, en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 26.

Desprendiéndose de esos grandes preceptos constitucionales, a los que en otra oportunidad hemos denominado *mandamientos procesales*[20], la legislación ordena sus disposiciones en torno a algunos principios particulares del proceso civil.

Algunos autores han reducido esos principios a dos: el principio de igualdad y el principio de economía[21]. Otros, los elevan a cinco: igualdad, economía, disposición, unidad y formalismo[22]. Otros, a ocho: bilateralidad, presentación por las partes, impulso, orden consecutivo, prueba formal, oralidad, inmediación y publicidad[23].

La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones[24]

A los efectos de esta exposición preferimos destacar solamente los principios de igualdad, disposición, economía, probidad, publicidad, preclusión[25].

[20] Así, en *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios*, t. 3, p. 15.

[21] CHIOVENDA, *Principios*, trad. esp., t. 1, p. 151; y luego, con variantes, en *Istituzioni*, t. 1, p. 90.

[22] A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, p. 46.

[23] MILLAR, *Principios*, p. 35. Debe advertirse que este autor expone en su obra los principios que mencionamos en el texto como soluciones posibles, a las cuales se oponen, en derecho comparado, soluciones opuestas: unilateralidad, investigación judicial, impulso judicial, acumulación eventual, prueba racional, escritura, mediación y secreto.

[24] Tal es la solución que hemos creído del caso establecer en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* de 1945. Para su fundamentación, cfr. *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios*, t. 3, p. 60.

[25] Los desarrollos que a continuación se consignan tienen siempre su punto de apoyo en disposiciones particulares del derecho uruguayo, las cuales pertenecen, en su casi totalidad, al sistema común del derecho hispanoamericano.

116. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El principio de igualdad domina el proceso civil.

Ese principio es, a su vez, una manifestación particular del principio de igualdad de los individuos ante la ley. Su fórmula se resume en el precepto ya mencionado *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte).

Oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad de la audiencia[26] en las doctrinas alemana y angloamericana.

Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio, el juez no procede *de plano* sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente.

El juez romano, en el proceso del primer período, carecía en absoluto de autoridad para condenar a un ausente; fueron soluciones posteriores que le dieron esa autoridad[27].

Las aplicaciones más importantes de este principio son las siguientes:

a) la demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado;

Dada la naturaleza de esta obra es virtualmente imposible anotarlas con sus textos, comentarios de exégesis y jurisprudencia. Para todas las soluciones nos remitimos a cuanto hemos dicho en el volumen *Curso de derecho procesal*, versión taquigráfica de las lecciones universitarias en la Facultad de Derecho de Montevideo. La mayoría de los temas han sido desarrollados en ensayos particulares en *Estudios de derecho procesal civil*, o en notas de jurisprudencia, publicadas en "Rev. D. J. A.".

[26] MILLAR, *Principios*, cap. II. La doctrina italiana le llama principio de igualdad (A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., p. 46), o de contradicción (CARNELUTTI, *Sistema*, t. 2, p. 61), o, con una ampliación de su contenido, "nivelación social del proceso" (CALAMANDREI, *Instituciones*, t. 1, p. 42).

[27] CUQ, *Institutions juridiques des romains*, t. 2, p. 747; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1935, p. 302.

b) la comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad; todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo de que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda;

c) comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de "su día ante el tribunal"[28];

d) las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción;

e) toda prueba puede ser fiscalizada por el adversario durante la producción e impugnada después de su producción;

f) toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustanciarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario;

g) ambas partes tienen iguales posibilidades de presentar sus exposiciones de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas.

Como se advierte por esta enumeración, el principio de igualdad surge de una repetición obstinada y constante, advertida a lo largo de todo el proceso de las soluciones de equiparación.

Las excepciones a este principio, vale decir, las situaciones que se deciden sin ingerencia previa de la parte contraria, son muy limitadas en comparación con la magnitud del principio. Así, por ejemplo:

a) las providencias cautelares o de garantía, se dictan sin comunicación previa a la parte contra la cual se dictan, salvo impugnación posterior;

b) los recursos de menor importancia (reposición,

[28] *Supra*, nº 65.

apelación en asuntos inferiores a determinada suma) se conceden o niegan sin sustanciación alguna; etc.

Para señalar la exacta extensión de este principio, conviene acentuar que la igualdad de las partes no es, necesariamente, una igualdad aritmética. Cuando se debatió una de las reformas de nuestro Código de Procedimiento Civil, se dudó de que fuera quebrantado el principio de igualdad si a la parte apelante se le conferían cinco días para deducir la apelación en relación, en tanto que el traslado que se confería de ese escrito al apelado era de seis días[29]. El escrúpulo era excesivo. Lo que este principio demanda no es una igualdad numérica, sino una *razonable igualdad de posibilidades* en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio[30].

Por otra parte, cabe aclarar que el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino de que se conceda a un litigante lo que se niega a otro. Una resolución declarada inapelable para las dos partes o una prueba denegada a ambas partes, no constituyen violaciones legales del principio constitucional de igualdad ante la ley. El quebrantamiento existiría cuando al actor se le permitiera alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa.

117. Principio de disposición.

Se entiende por principio de disposición aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso[31].

[29] "Rev. D. J. A.", t. 14, p. 93.

[30] En el art. 5 del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* hemos consignado este principio sentando que "el juez deberá mantener *en lo posible*, la igualdad de las partes en el proceso".

[31] Este tema tiene una copiosa bibliografía que no es posible resumir aquí. Nos remitimos a cuanto hemos expuesto en *El principio de libertad en el sistema del proceso civil*. Buenos Aires, 1946. Con posterioridad a ese trabajo,

En materia civil este principio es muy amplio, a diferencia de la materia penal, en la cual es muy restringido. Pero ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta.

Ejemplos de indisponibilidad en la materia civil son los procesos de menores o de incapacidad, que, abandonados por las partes, pueden ser proseguidos por el Ministerio Público. Ejemplos de disponibilidad en la materia penal, son los procesos que sólo se promueven a denuncia o se continúan a querella de parte.

El proceso civil hispanoamericano, y en especial el de nuestro país, no consagra el principio de disposición en forma absoluta. Este tipo de proceso es *predominantemente dispositivo.*

Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares[32].

Distinta es la suposición en aquellos casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público.

---

debe hacerse necesariamente referencia a la obra de GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943: para las doctrinas francesa, italiana y suiza, DUNAND, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, Genève, 1940; BERNHARDT, *Die Aufklaerung des Sachverhalts im Zivilprozess*, en "Festgabe Rosenberg", Munich-Berlín, 1949; MINOLI, *Tendenze della giurisprudenza italiana in tema di propria tacita*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953; y la exposición conjunta que realizamos con PERROT, *El principio de neutralidad del juez en el derecho francés y uruguayo*, en *Jornadas de Derecho Comparado*, Montevideo, 1955.

[32] Se ha sostenido recientemente por BERNHARDT, *Die Aufklaerung des Sachverhalts*, cit., p. 15, que no debe confundirse el derecho de disposición de las partes con el principio dispositivo. La distinción, aunque exacta, peca de excesivamente sutil. La disposición de los hechos del proceso, de que habla BERNHARDT, es la consecuencia natural de la disponibilidad del derecho debatido en el proceso.

Por supuesto que la división de los asuntos entre los de interés meramente privado y de interés social, no es fácil. Las situaciones son claras en las zonas extremas. Nadie duda que la aplicación de la pena al homicida afecta al interés de la comunidad y no sólo a los herederos de la víctima; nadie duda, tampoco, que el cobro de una deuda de dinero atañe ante todo al interés privado del acreedor. Pero cuando de esas zonas extremas se pasa a las situaciones fronterizas (así, por ejemplo, relaciones de familia, tutela del derecho de los trabajadores, funcionamiento de los servicios públicos, etc.), los contactos del interés particular y del interés social son constantes y profundos.

Utilizando los ejemplos más claros de principios dispositivos de nuestro proceso civil, podemos enunciar:

a) *En la iniciativa.* En materia civil rige el principio *nemo judex sine actore.* Sin iniciativa de la parte interesada, no hay demanda, y, en consecuencia, proceso.

b) *En el impulso.* En un proceso acentuadamente dispositivo, el principio de impulso procesal se halla confiado a las partes. No existe, salvo texto en contrario, caducidad de términos procesales, si la parte contraria no provoca esa caducidad mediante el instituto conocido con el nombre de acuse de rebeldía.

c) *En la disponibilidad del derecho material.* Producida la demanda, el actor puede abandonarla expresamente (desistimiento), tácitamente (deserción), por acuerdo expreso con el adversario (transacción) o por abandono tácito de ambas partes (perención o caducidad).

El demandado, por su parte, puede allanarse a la demanda. Cuando en el proceso sólo se halla en juego el interés de las partes, el allanamiento, o sea el reconocimiento pleno de la verdad de los hechos y del derecho consignados en la demanda, obliga al juez a dictar sentencia en contra del demandado. *Ubi partes sunt concordem nihil ab judicem.* No ocurre lo mismo cuando en

el proceso se halla comprometido el interés público o el derecho de terceros.

d) *En la disponibilidad de las pruebas.* Por principio dispositivo, la iniciativa de las pruebas corresponde a las partes. El juez no conoce, normalmente, otros hechos que aquellos que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes. El precepto enseña, entonces, que el juez no conoce más hechos que aquellos que surgen del expediente: *quod non est in actis non est in mundo.* Este principio tiene limitaciones, aun en los códigos más acentuadamente dispositivos[33].

e) *En los límites de la decisión.* El juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes ni puede omitir pronunciamiento respecto de lo pedido por las partes. La sentencia que no se pronuncia sobre algunos de los puntos propuestos, es omisa; la que se pronuncia más allá de lo pedido, es ultrapetita. El precepto dispositivo, en este orden de cosas, es *ne eat judex ultra petita partium.* Las limitaciones a este punto consisten en que el juez no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos; puede apartarse de ellos cuando los considere erróneos: *jura novit curia*[34]. Son objeto de decisión los petitorios, no las razones.

f) *En la legitimación para recurrir.* Las decisiones judiciales pueden ser objeto de recurso, para provocar su revisión por otro juez. Sólo puede recurrir quien ha sufrido algún agravio; el recurso se niega a los terceros que no son partes en el proceso y no existen, normalmente, en materia civil, apelaciones automáticas, como ocurre en ciertas ocasiones en materia penal. El superior no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso. Sólo puede ser revisado lo apelado: *tantum devolutum quantum appellatum.*

g) *En los efectos de la cosa juzgada.* La cosa juz-

[33] La excepción más importante la constituyen las providencias para mejor proveer. *Infra*, nº 138.

[34] *Infra*, nº 181.

gada sólo surte efecto entre las partes que han litigado. Las derogaciones a este principio constituyen rigurosísima excepción.

118. PRINCIPIO DE ECONOMÍA.

El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso[35].

Por aplicación de este principio, los procesos modestos en su cuantía económica, son objeto de trámites más simples, aumentándose las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto.

Son aplicaciones de este principio las siguientes:

a) *Simplificación en las formas de debate.* Los procesos de menor importancia económica se debaten en método oral, reducidas las exposiciones a simples actas de resumen.

b) *Limitación de las pruebas.* Las pruebas onerosas (como, por ejemplo, la de peritos) se simplifican reduciéndose el nombramiento a un solo experto.

c) *Reducción de los recursos.* El número de instancias es normalmente menor en los asuntos de escaso monto; y en algunos casos, cuando la cuantía es ínfima, las decisiones son inapelables.

d) *Economía pecuniaria.* Las costas y gastos de justicia son normalmente menores en los asuntos modestos; y en numerosas circunstancias, los impuestos de justicia se suprimen como una colaboración del Estado a una más económica solución de estos conflictos.

e) *Tribunales especiales.* Frecuentemente cierto tipo de conflictos, en especial aquellos de escaso monto pero de considerable repercusión social, se dirimen ante

[35] Sin perjuicio de cuanto aquí se expone, nos remitimos a lo que hemos dicho en la Exposición de Motivos del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, p. 116.

tribunales ajenos a la jurisdicción ordinaria, procurando no sólo la especialización, sino también la economía o aun la gratuidad de la justicia: especialmente, arrendamientos, conflictos del trabajo, etc.

119. PRINCIPIO DE PROBIDAD.

El proceso antiguo, con acentuada tonalidad religiosa, tenía también acentuada tonalidad moral. Ésta se revelaba frecuentemente mediante la exigencia de juramentos, pesadas sanciones al perjuro, gravosas prestaciones de parte de aquel que era sorprendido faltando a la verdad, etc.

El proceso moderno fue abandonando estos caracteres. No ya porque considerara innecesaria la vigencia de principios éticos en el debate forense, sino porque los consideraba implícitos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los preceptos que obligaban a las partes a decir la verdad. Otras veces se abolió el principio por considerarse excesivo, tal como la sanción al perjuro consistente en la pérdida del derecho litigado.

En los últimos tiempos, se ha producido un retorno a la tendencia de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal[36].

[36] Hemos dedicado a este tema, *Oralidad y regla moral en el proceso civil*, en "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 327, y *El deber de decir la verdad en el proceso civil*, en "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 53, estudios éstos reproducidos y traducidos en otras publicaciones. Sus conclusiones, así como otros estudios posteriores y una copiosa bibliografía sobre la materia, aparecen reunidos en *Estudios*, t. 3, bajo el título *La verdad en el proceso civil*. Con posterioridad a aquellos trabajos, véase especialmente, ALCALÁ ZAMORA, *La temeridad y mala fe en los litigios*, en "J. A.", 1949-I, p. 38; ALZAMORA VALDÉS, *La verdad y el proceso civil*, "J. A.", 1952-I, p. 30, y en el volumen "Congreso Internacional de Juristas", Lima, 1953, p. 513; CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo*, en "Riv. D. P.", 1949, I, p. 64; CARNELUTTI, *Processo in frode alla legge*, en "Riv. D. P.", 1949, II, p. 32; DA CUNHA, *O dever de verdade no direito processual brasileiro*, en "Atti del Congresso di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953; GULDENER, *La buena fe en el proceso civil*, en "Schweizerische Juristen Zeitung", 1943, ps. 389 y 405; LOIS ESTÉVEZ, *Teoría del fraude en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1948; PODETTI, *Algunas considera-*

Enumeraremos algunas soluciones cuya finalidad es evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes.

a) *Forma de la demanda.* La demanda y su contestación deben exponerse en forma clara, en capítulos y puntos numerados, a fin de que el relato de los hechos no constituya una emboscada para el adversario. Contestada la demanda, es en principio inmodificable[37].

b) *Unificación de las excepciones.* Las excepciones dilatorias deben ponerse todas juntas, a fin de evitar la corruptela histórica denominada "escalonamiento de las excepciones", según la cual las defensas de esta índole se oponían sucesivamente haciendo interminable el litigio.

c) *Limitación de la prueba.* Los medios de prueba deben limitarse a los hechos debatidos, a fin de evitar una maliciosa dispersión del material probatorio y la demostración de hechos que se hubieran omitido deliberadamente en el debate preliminar.

d) *Convalidación de las nulidades.* Los errores de procedimiento deben corregirse inmediatamente, mediante impugnación por el recurso de nulidad; si así no se hiciere, las nulidades que deriven de esos errores se tienen por convalidadas[38].

e) *Condenas procesales.* El litigante que actúa con

---

ciones sobre el principio de moralidad en el proceso civil, en "Rev. D. J. A.", t. 38, p. 205; SILVEIRA, *La buena fe en el proceso civil*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 226. En la literatura argentina este tema ha tenido un desenvolvimiento particular en torno al problema de las consecuencias procesales del perjurio. Sobre este punto, véase DASSEN, *La prueba del perjurio*, en "J. A.", 1944-II, sec. doct., p. 25; AYARRAGARAY, *El perjurio*, Buenos Aires, 1945; MONTARCÉ LASTRA, *Efectos jurídicos del perjurio*, en "J. A.", 1945-II, p. 731; SPOTA, *El abuso del derecho y el ejercicio de las pretensiones accionables*, en "J. A.", 1952-IV, p. 41; *La prueba del pago y la verdad material en el proceso*, en "J. A.", 1955-II, p. 314; *La verdad en el proceso civil: función del juez*, en "J. A.", 1954-III, p. 464; *El ritualismo procesal y el amparo del que incurre en error de trámite*, en "J. A.", 1955-II, p. 468; *El abuso del derecho en los actos procesales*, en "J. A.", 1955-I, p. 145.

[37] Cfr. FAIREN GUILLÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1949.

[38] *Infra*, nos. 252 a 254.

ligereza o con malicia es condenado al pago de todo o parte de los gastos causídicos, como sanción a la culpa o dolo en su comportamiento procesal[39]. La conclusión que se ha formulado alguna vez[40], de que la infracción bilateral de este deber anula el proceso, nos parece excesiva. Por lo menos necesita un texto que la consagre. En nuestro derecho, tal texto no existe.

No son éstas las únicas soluciones que tienden, dentro del derecho vigente, a tutelar la buena fe procesal; no son, tampoco, las únicas soluciones posibles, ya que el Proyecto de reforma de 1945, para nuestro país, tiene en esta materia abundantes previsiones, que no existen en el derecho vigente. Pero tales soluciones se justifican en nombre del propósito de hacer del debate judicial un correcto instrumento de exposición de las ideas y de los hechos.

120. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

La publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, de la esencia del sistema democrático de gobierno.

La publicidad de los actos del parlamento y del ejecutivo debe, en nuestro concepto, ser acompañada con la publicidad de los actos del poder judicial.

Por supuesto que el carácter privado de muchas cuestiones que se debaten en el proceso civil, hace menos necesaria la publicidad; pero, desde nuestro punto de vista, los males que de esta publicidad puedan derivar, se compensan ampliamente con la fiscalización popular sobre la obra de los jueces.

La publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En úl-

[39] *Proyecto*, Exposición de Motivos, p. 105. *La probidad en el debate judicial*.

[40] ALZAMORA VALDÉS, *La verdad y el proceso civil*, cit.

timo término, el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones judiciales se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo.

El método escrito que rige en la mayoría de los países hispanoamericanos, disminuye la efectividad del principio de publicidad. No puede decirse que nuestro proceso sea secreto; pero el método escrito hace virtualmente imposible la obra de fiscalización popular a que acabamos de aludir.

Formas de publicidad, dentro de nuestro derecho, son:

a) *Exhibición del expediente.* El expediente judicial puede ser consultado, dentro de nuestro derecho, por las partes, sus defensores y "por todo el que tuviere interés legítimo en su exhibición" (C. O. T., art. 207).

b) *Publicidad de audiencias.* Las audiencias ante los tribunales para informar *in voce* se realizan públicamente. No obstante, la falta de anuncio anticipado restringe la publicidad de tales audiencias, las que se limitan a contar con la presencia de aquellas personas invitadas a asistir por las propias partes. Existen precedentes, en nuestro país, de la trasmisión radiotelefónica de informes *in voce* ante los tribunales de apelaciones.

c) *Publicidad de los debates ante la Corte.* Las audiencias de la Suprema Corte son públicas, por disposición constitucional y legal (Const., art. 239; C. P. C., art. 696).

Este problema de la publicidad tiene, sin embargo, otros aspectos que deben ser considerados como un necesario complemento de cuanto acaba de ser expuesto La publicidad es, en sí misma, una garantía de la función jurisdiccional. Pero los instrumentos modernos de difusión de ideas e imágenes, han llevado esta garantía a términos que, desde el otro extremo, conspiran contra

la obra de la jurisdicción y constituyen un peligro tan grande como el secreto mismo.

La televisión de audiencias ha provocado en algunos países profundas reacciones de protesta. No sólo los jueces ven perturbada su acción por una malsana curiosidad, sino también las propias partes y los testigos son sometidos a graves excesos de publicidad que violan el derecho a la intimidad, a la disponibilidad de la propia persona, el llamado *the right of to be alone*, el derecho a que lo dejen a uno solo y en paz.

Colocando el problema en sus justos términos, debe decirse que el principio de publicidad constituye en sí mismo una preciosa garantía del individuo respecto de la obra de la jurisdicción; pero que la malsana publicidad, el escándalo, la indebida vejación de aquellos que no pueden acudir a los mismos medios porque su propia dignidad se los veda, pueden no sólo invalidar esa garantía sino también trasformarla en un mal mayor.

La prudencia debe acudir en este punto en auxilio de la justicia.

121. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.

El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.

Preclusión es, aquí, lo contrario de desenvolvimiento libre o discrecional.

En un proceso de desenvolvimiento discrecional, siempre sería posible retroceder a etapas ya cumplidas; en un proceso dominado por el principio de preclusión, extinguida la oportunidad procesal para realizar un acto, ese acto ya no podrá realizarse más[41].

[41] ABDALA, *Un caso de preclusión*, en "L. J. U.", t. 17, p. 104; ídem, *Tacha y preclusión en el juicio de alimentos*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 162;

El vocablo preclusión es aún poco familiar en el lenguaje forense de origen español; pero pertenece a la más antigua tradición del procedimiento. Ya en las formas del proceso romano-canónico que fue fuente del nuestro[42], aparece como una especie de amenaza jurídica: las defensas debían oponerse todas juntas "bajo pena de preclusión"[43].

Para los procesalistas franceses del siglo pasado era muy familiar el vocablo *forclusion* (*exclusio a foro*) utilizado también como sinónimo de caducidad[44] y correspondiendo alternativamente a elementos de derecho material y de derecho procesal.

Pero una especie de rehabilitación del concepto, que ha llegado en los últimos años a pasar al lenguaje común del derecho procesal y de la jurisprudencia, permite señalar en la preclusión importantes aspectos. No es un simple "cambio de lexicología" como se ha dicho[45], sino una rectificación esencial de conceptos. El vocablo preclusión no es "un nombre nuevo para una idea vieja", ni "una verdadera prescripción del acto procesal". La idea de que la preclusión no es una prescripción, sino una caducidad, ya estaba bien aclarada en los autores del siglo pasado de derecho civil y procesal[46].

Andrioli, *Preclusione*, en "N. D. I.", t. 10, p. 130; Barbi, *Da preclusão no processo civil*, en "Rev. F.", 1955, iii y iv, 59; Carnelli, *La preclusión*, en *Cuestiones de procedimiento civil*, p. 17; Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1933, p. 1; D'Onofrio, *Sul concetto di preclusione*, en *Studi in onore di Chiovenda*; ídem, *Legge interpretativa e preclusione*, en "Riv. D. P. C.", 1932, ii, p. 233; Juárez Echegaray, *La preclusión*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 356; Jofré, *Preclusión*, en "J. A.", t. 1, p. 25; Jocoton, *De la déchéance ou forclusion en matière de procédure*, en "Rev. de Droit Français et Étranger", t. 5, p. 640; Podetti, *Preclusión y perención*, en "Rev. D. P.", i, p. 363; Millar, *Principios*, p. 93.

[42] *Supra*, nº 104.

[43] Millar, *Principios*, p. 96.

[44] Chaveau sur Carré, t. 6, quest. 3398; Rodière, t. i, p. 146; Jocoton, *De la déchéance*..., cit., p. 640.

[45] A. Lagarmilla, en el prólogo a Carnelli, *op. cit.*, p. 8.

[46] Garsonnet, *Traité*, t. 2, p. 120, revisión de Cézar-Bru, y aun antes, Aubry y Rau, t. 8, p. 426.

Pero en la doctrina moderna el concepto abarca varios aspectos que deben ser examinados separadamente.

La preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.

Resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha[47]).

Estas tres posibilidades significan que la preclusión no es, en verdad, un instituto único e individualizado, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio. Cuando a fines del siglo pasado se pugnó por la implantación de este concepto para sustituír la antigua concepción contractualista del proceso[48], se señaló una idea que más tarde habría de ser objeto de muy amplio desarrollo. El dogma de la voluntad aparece sustituído por las consecuencias de carácter objetivo. El demandado que no contesta la demanda no viola una obligación y queda, como consecuencia, sometido a sanciones, sino que, simplemente, se abstiene de ejercer el derecho de su defensa; el demandado que no aduce la excepción de incompetencia, no celebra un pacto tácito con su adversario para ser juzgado por un juez incompetente, sino que se limita a no hacer valer, dentro de tiempo, una facultad procesal que la ley le confiere. La idea de cargas procesales[49] tiene su natural punto de partida en la concepción del proceso surgida del desenvolvimiento de este instituto.

Las tres formas que puede asumir la preclusión que acaban de mencionarse, se presentan a lo largo del juicio. Un examen de ellas permitirá advertir la forma

[47] CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit. ANDRIOLI, *Preclusione*, cit.; HEINITZ, *Limiti oggetivi della cosa giudicata*, p. 7.

[48] BÜLOW, *Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten*, en el "Archiv für Zivilistische Praxis", t. 62, p. 1, en ANDRIOLI, cit., p. 130.

[49] *Infra*, nº 130.

múltiple con que la preclusión aparece dentro del sistema del proceso civil.

Un primer sentido del concepto, se da en aquellos casos en que la preclusión es la consecuencia del trascurso infructuoso de los términos procesales.

Así, el no apelar dentro de término opera la extinción de esa facultad procesal; la no producción de la prueba en tiempo agota la posibilidad de hacerlo posteriormente; la falta de alegación o de expresión de agravios en el tiempo fijado impide hacerlo más tarde. En todos esos casos se dice que hay preclusión, en el sentido de que no cumplida la actividad dentro del tiempo dado para hacerlo, queda clausurada la etapa procesal respectiva. Se subraya así la estructura articulada del juicio a que se ha hecho alusión. Trascurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la subsiguiente, tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos impidiendo su regreso. Frecuentemente la jurisprudencia usa el concepto en este sentido[50].

Una segunda acepción del vocablo corresponde a lo que ya se ha denominado principio de eventualidad.

Los litigantes deben hacer valer sus defensas conjuntamente cuando la ley así lo dispone. Aunque las proposiciones sean excluyentes, debe procederse así en previsión, *in eventum*, de que una de ellas fuera rechazada, debiendo entonces darse entrada a la subsiguiente. Al principio ya sentado de que las excepciones dilatorias deben oponerse juntas[51] se agrega el de la acumulación del recurso de nulidad al de la apelación[52], etc.

El ejercicio de una facultad incompatible con otra lógicamente anterior, supone el no ejercicio de ésta, provocándose la preclusión a su respecto. Así, el contestar la demanda sobre el fondo, opera preclusión de

[50] Así, "L. J. U.", nº 442, con relación a la prueba; nº 2984, para el informe *in voce*.

[51] Uruguay, art. 250; Ecuador, 419, incluyendo las perentorias.

[52] Uruguay, art. 672.

la facultad de oponer excepciones dilatorias, aun cuando se hallara pendiente el tiempo de interponer éstas; el no deducir la nulidad cuando se deduce la apelación, significa prescindir de las alegaciones relativas a la forma.

Una expresión exagerada, pero ilustrativa del principio de eventualidad y de la necesidad de evitar la preclusión de las alegaciones lógicamente anteriores, se expresa en el siguiente dístico clásico: "En primer término, no me has dado dinero alguno; en segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año; en tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas; y por último, ha prescrito ya".

Una última acepción del vocablo preclusión es la que se da para referirse a situaciones en las cuales se ha operado la cosa juzgada. En este sentido se ha dicho que la cosa juzgada es la máxima preclusión, en cuanto ella impide la renovación de alegaciones apoyadas en los mismos hechos que fueron objeto del proceso anterior. Aunque existen diferencias de extensión y de efectos entre la cosa juzgada sustancial y la preclusión[53], el concepto es claramente aplicable. Pero lo es con mayor precisión aún, para referirse a las situaciones de cosa juzgada formal[54], en las cuales el impedimento de nueva consideración recae sobre las cuestiones que ya han sido objeto de decisión y resueltas por sentencia firme.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso de las cuestiones de competencia decididas por interlocutoria, que no pueden volver a reverse ni por vía de contienda de competencia entre jueces, por haberse operado preclusión respecto de dicho punto[55].

[53] Cfr. sobre este punto, LIEBMAN, *La cosa juzgada de las interlocutorias y las mereinterlocutorias*, en "Rev. D. J. A.", t. 50, p. 97. También, PEREIRA ANABALÓN, *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno*, Santiago de Chile, 1954, p. 122.

[54] Sobre la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial, *infra*, nos. 270 y ss.

[55] "L. J. U.", t. 1, nº 362, con dictamen del fiscal de Corte donde se hace exacto uso del concepto en estudio.

No han faltado en doctrina ciertas resistencias a dar al concepto expuesto tan considerable amplitud, proponiéndose, en su sustitución, tanto en el juicio civil como en el juicio penal, limitar su significado. Se sugiere, en reemplazo, reducir la idea de preclusión a su alcance puramente *negativo*, no ampliándolo hacia las conclusiones positivas de éste[56].

Pero esta sugestión no sólo no ha hallado eco en la doctrina, sino que el uso posterior por parte de la jurisprudencia de esta noción, certifica su exactitud y su eficacia.

122. Otros principios procesales.

Con menor detenimiento y con carácter meramente ilustrativo, para fijar el alcance de cada uno de ellos, deseamos referirnos a otros principios procesales.

Se denomina *principio de concentración* a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos.

El nombre de *principio de inmediación* se usa para referirse a la circunstancia de que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible en contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores, etc.

Principio de oralidad, por oposición a principio de escritura, es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable.

En último término toda solución constante, reiterada, que aparece en un cuerpo de leyes, constituye un principio. Más de una vez acontece, sin embargo, que

[56] D'Onofrio, *Sul concetto di preclusione*, cit., p. 425, y luego en *Legge interpretativa e preclusione*, cit., ps. 233 y ss.

las excepciones comienzan a aparecer en esa solución. Llega un instante en que las excepciones pueden ser tantas como los casos que constituían el principio. La vigencia de éste, entonces, puede hacerse dudosa y hasta llegar a perder su carácter de principio. En el curso de la historia se ha producido, más de una vez, el hecho de que el principio ha llegado a trasformarse en excepción y la excepción en principio.

Capítulo II

LOS ACTOS PROCESALES

§ 1. CONCEPTO

123. Definición.

Por acto procesal se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales.

El acto procesal es una especie dentro del género del acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana, se refiere directa o indirectamente al proceso.

Como acto jurídico, consiste en un acaecer humano, o provocado por el hombre, dominado por la voluntad y susceptible de crear, modificar o extinguir efectos jurídicos.

124. Actos procesales, proceso y procedimiento.

Siendo la instancia, como el proceso mismo, una relación jurídica continuativa, dinámica, que se desenvuelve a lo largo del tiempo, es la sucesión de sus actos lo que asegura la continuidad.

Unos actos, decíamos, proceden de otros actos, y aquéllos, a su vez, preceden a los posteriores. Este principio de sucesión en los actos da el nombre al proceso (etimológicamente, de *cedere pro*). Procedimiento, por su parte, es esa misma sucesión en su sentido dinámico de movimiento. El sufijo nominal *mentum*, es derivado del griego, *menos*, que significa principio de movimiento, vida, fuerza vital[1].

El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso.

En otros términos: el procedimiento es una sucesión de actos; el proceso es la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada. La instancia es el grupo de esos mismos actos unidos en un fragmento de proceso, que se desarrolla ante un mismo juez.

§ 2. CLASIFICACIÓN

125. HECHOS Y ACTOS PROCESALES.

Entendemos por hechos procesales, aquellos acaecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso. Así, la pérdida de la capacidad de una de las partes, la amnesia de un testigo, la destrucción involuntaria de una o más piezas del proceso escrito, son hechos jurídicos procesales.

Cuando los hechos aparecen dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales. Así, la presentación de la demanda, la notificación al demandado, la declaración de un testigo, la suscripción de la sentencia por el juez, son actos (jurídicos) procesales.

[1] MENDES DE ALMEIDA, *Direito judiciario brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 1940, p. 264.

Un análisis de los hechos y de los actos procesales reviste particular interés para una tarea de la índole de la que venimos cumpliendo en este libro. Se trata, en esta etapa de nuestro propósito, de analizar los fenómenos del proceso aisladamente, tomados uno a uno, perdiendo ya de vista su secuencia y ordenación legal. En su conjunto, decíamos, el proceso es una unidad formada de pluralidades. Examinaremos, ahora, cada uno de esos elementos que forman la unidad.

126. DISTINTOS TIPOS DE ACTOS.

Un primer criterio para clasificar los actos procesales consiste en tomar como punto de referencia a su autor.

Cabe distinguir, colocándose en este punto de vista:

a) *Actos del tribunal*; por tales se entienden todos aquellos actos emanados de los agentes de la jurisdicción, entendiendo por tales no sólo a los jueces, sino también a sus colaboradores. La importancia de estos actos radica en que constituyen, normalmente, una manifestación de la función pública y se hallan dominados por los principios que regulan la producción de actos jurídicos de derecho público.

b) *Actos de partes*; por tales se entienden aquellos que el actor y el demandado (y eventualmente el tercero litigante) realizan en el curso del proceso. La multiplicidad de los actos de esta índole, obligará, más adelante, a realizar ulteriores clasificaciones utilizando otros puntos de vista[2].

c) *Actos de terceros*; por tales se entienden aquellos que, sin emanar de los agentes de la jurisdicción ni de

[2] Los glosadores ya distinguían entre *actos de la causa* y *actos del juicio*, en el mismo sentido que aquí distinguimos como actos de partes y actos del tribunal. Cfr., en tal sentido, las referencias de MENDES DE ALMEIDA, *Direito judiciario brasileiro*, cit., p. 235, y REZENDE, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, 1945, t. 2, p. 12.

las partes litigantes, proyectan sus efectos sobre el proceso; así, por ejemplo, la declaración del testigo, el informe del perito, la actividad del martillero o del agente de la fuerza pública. Estos actos, por su propia índole, constituyen normalmente colaboraciones de particulares a la obra de los agentes de la jurisdicción y, frecuentemente, son instituídos como deberes públicos del individuo[3].

Esta clasificación que tiene por punto de vista el agente del acto, proyecta sus consecuencias sobre la validez del mismo y sobre su responsabilidad, según expondremos en la oportunidad debida.

127. Actos del tribunal.

Los actos del tribunal son, decíamos, actos de los agentes de la jurisdicción.

Al tribunal incumbe, fundamentalmente, decidir el conflicto de intereses que le es sometido. Pero no es ésa su única actividad, ya que para llegar a la decisión es necesario, como se dice en la doctrina francesa, *mettre le procès en état d'être jugé.*

Surge de aquí la siguiente clasificación:

a) *Actos de decisión*; por tales se entienden las providencias judiciales dirigidas a resolver el proceso, sus incidencias o a asegurar el impulso procesal.

b) *Actos de comunicación*; son aquellos dirigidos a notificar (*notum facere*) a las partes o a otras autoridades, los actos de decisión[4].

c) *Actos de documentación*; son aquellos dirigidos a representar mediante documentos escritos, los actos

[3] *Infra*, nº 131.

[4] Sin embargo, estos actos, cuya significación es tan importante en la experiencia jurídica procesal, no han sido ni son unánimemente admitidos. El derecho canónico adjudicó a la citación inicial el valor de notificación de todos los actos ulteriores del proceso: *citatio ad totam causam seus generalis*, principio éste que prevalece en algunos derechos contemporáneos. Así, LORETO, *El principio de que "las partes estén a derecho" en el proceso civil venezolano*, en

procesales de las partes, del tribunal o de los terceros. Debe distinguirse, según se pasa a demostrar, el acto a documentar y el documento[5].

Los actos de decisión serán examinados oportunamente al estudiarse la sentencia. Los actos de comunicación constituyen tan sólo un medio de establecer el contacto de los órganos de la jurisdicción con las partes (notificaciones) o con otros órganos del poder público (oficios, en sentido genérico). En cuanto a los actos de documentación reclaman algunas aclaraciones.

Debe evitarse, ante todo, la confusión frecuente entre *el acto procesal* y *el documento* propiamente dicho. El acto precede al documento. Lo que queda en el expediente es el documento; el acto es su antecedente necesario. Cuando el actuario registra en los autos el juramento de la parte, *representa* el instante en el cual la parte jura[6]. Consecuencia del juramento y del acto de representarlo, es el documento. Tenemos, pues, un acto procesal de la parte: el juramento; un acto procesal del tribunal: la redacción del acta que representa (vuelve a presentar por escrito) el acto de jurar; y un objeto (el documento representativo). La palabra "notificación", en el lenguaje forense, representa, indistintamente, el acto de hacer saber la decisión, el acto de extender la diligencia por escrito y el documento que registra toda esa actividad.

"Rev. D. P.", 1949, I, p. 58, y en *Estudios en honor de Carnelutti*. En el derecho angloamericano, la notificación se sustituye por la publicación periodística de los actos en órganos oficiales. Cfr., en este sentido, *La reforma del régimen de notificaciones*, en "Rev. D. J. A.", t. 33, p. 98.

[5] Durma, *La notification de la volonté*, Paris, 1930, se debate inútilmente ante el problema de la notificación-acto o la notificación-proceso. La inutilidad radica en no haberse partido de la necesaria aclaración entre acto representativo y acto representado. Véase, en cambio, Palermo, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 1938. Del mismo, *Contributo alla teoria degli atti processuali*. Napoli, 1938. Sobre todo este tema, ampliamente, *El concepto de fe pública*, en *Estudios*, t. II, p. 1, y en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 1.

[6] Nos remitimos a cuanto hemos expuesto, con acopio de argumentos y antecedentes, en *El concepto de fe pública*, cit., t. 2, p. 56.

128. ACTOS DE LAS PARTES.

Los actos de las partes tienen por fin obtener la satisfacción de las pretensiones de éstas.

Pero por las mismas razones por las cuales no toda la actividad del tribunal es actividad de decisión, no toda la actividad de las partes es actividad de postulación. Cabe, en este sentido, hacer algunas distinciones indispensables.

Corresponde distinguir entre *actos de obtención* y *actos dispositivos*.

Los primeros tienden a lograr del tribunal la satisfacción de la pretensión hecha valer en el proceso; los segundos, tienen por objeto crear, modificar o extinguir situaciones procesales.

Una subclasificación y las debidas aclaraciones permitirán ver mejor el alcance de estos conceptos.

Entre los actos de obtención cabe distinguir:

a) *Actos de petición*; o sea aquellos que tienen por objeto determinar el contenido de una pretensión; ésta puede referirse a lo principal del asunto (pretensión de la demanda; pretensión de la defensa) o a un detalle del procedimiento (admisión de un escrito, rechazo de una prueba).

b) *Actos de afirmación*; se trata de aquellas proposiciones formuladas a lo largo del proceso, dirigidas a deparar al tribunal el conocimiento requerido por el petitorio; estas afirmaciones se refieren tanto a los hechos como al derecho; también se acostumbra clasificar estas proposiciones en participaciones de conocimiento (saber jurídico) o participaciones de voluntad (querer jurídico).

c) *Actos de prueba*; se trata de la incorporación al proceso de objetos (documentos) o relatos (declaraciones reconstruídas en el proceso escrito mediante actas) idóneos para crear en el tribunal la persuasión de la exactitud de las afirmaciones.

Los *actos dispositivos* se refieren al derecho material

cuestionado en el proceso o a los derechos procesales particulares[7].

Disposición del derecho existe mediante:

a) *Allanamiento*; se trata del acto de disposición del demandado, mediante el cual éste se somete lisa y llanamente a la pretensión del actor; el allanamiento comprende el reconocimiento de la verdad de los hechos y del derecho invocado por el adversario. El allanamiento coincide con la confesión, en cuanto se trata de un reconocimiento de hecho. Difiere de la confesión, en cambio, en cuanto no existe confesión del derecho; el derecho no se confiesa. Un reconocimiento del derecho no obliga necesariamente al juez, por aplicación del principio *jura novit curia*[8].

b) *Desistimiento*; se trata de la renuncia del actor al proceso promovido o del demandado a la reconvención.

c) *Transacción*; examinada desde el punto de vista estrictamente procesal, la transacción es una doble renuncia o desistimiento; el actor desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho a obtener una sentencia; este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en el cual ambas partes, haciéndose recíprocas concesiones, dirimen su conflicto mediante autocomposición. Así entendida, la transacción no es, como se dice habitualmente, un subrogado de la cosa juzgada, sino una doble renuncia a la cosa juzgada. El precepto legal que asimila la tran-

[7] Sobre principio de disposición, *supra*, nº 117.

[8] Sobre este tema, exhaustivamente, SENTÍS MELENDO, *El allanamiento a la demanda*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 609. Ídem: *El allanamiento a la demanda y la imposición de costas*, en "Rev. D. P.", 1948, II, p. 5; PECACH, *El allanamiento a la demanda*, en "La Ley", t. 7, p. 58. Asimismo, LIEBMAN, *Il riconoscimento della domanda*, en *Studi in onore di Chiovenda*, p. 454; en un plano más amplio, en la doctrina italiana, MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942; y en la doctrina americana, MERCADER, *El silencio en el proceso*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 472; SILVA, *Allanamiento a la demanda*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 1, p. 665. Para la aplicación del precepto *jura novit curia*, *infra*, nº 181.

sacción a la cosa juzgada, lo hace tan sólo en cuanto a sus efectos.

Los actos dispositivos de derechos procesales particulares, son aquellos actos de renuncia a ciertos escritos, medios de defensa, medios de prueba, etc.

129. ACTOS DE TERCEROS.

No es habitual en nuestra doctrina incluír los actos de terceros entre los actos procesales[9].

Creemos, sin embargo, que algunas distinciones contribuyen a fijar exactamente el valor de ciertos actos del proceso según ellos emanen del tribunal, de partes o de terceros, según se pasa a consignar.

La clasificación nos conduce a distinguir:

a) *Actos de prueba*; son, sin duda, los actos más importantes, ya que entre ellos caben la declaración de testigos, los dictámenes de peritos, la autorización de documentos por escribanos o funcionarios habilitados, etcétera.

b) *Actos de decisión*; en ciertas circunstancias la ley demanda a los terceros la decisión de un punto del proceso; tal es el caso del jurado popular en los regímenes que aún lo mantienen, del perito arbitrador (art. 429, C.P.C.) o de los árbitros que deben decidir, en materia comercial, el dolo o fraude en los contratos (art. 208, C. Com.)[10].

c) *Actos de cooperación*; así ocurre cuando, por ejemplo, se requiere la colaboración del empleador para asegurar el cumplimiento de la sentencia que condena al pago de las pensiones alimentarias adeudadas por el empleado, o la colaboración del martillero para la venta en remate de los bienes embargados.

[9] Véase, sin embargo, C. COLOMBO, *Evicción, litis denuntiatio y laudatio actoris*, en "Rev. D. P.", 1944, II, p. 5.

[10] Sobre este arbitraje, DE MARÍA, *El art. 208 del Código de Comercio*, en "Rev. D. J. A.", t. 10, p. 33; recientemente, BARRIOS DE ANGELIS, *El peritaje decisorio*, en "Rev. D. J. A.", t. 53, p. 86.

La determinación de la calidad de parte o de tercero en los actos procesales, reviste muy particular importancia cuando se trata de calificar la naturaleza de éstos. Así, por ejemplo, una declaración cambia de valor si ella emana de la parte (confesión) o de un tercero (testigo); o de parte del tribunal (sentencia) o de terceros (veredicto, laudo arbitral, peritaje arbitral). Distinta es no sólo la eficacia de los actos según provengan de unos o de otros, sino también la responsabilidad que de ellos emana.

§ 3. DEBER, OBLIGACIÓN Y CARGA DE REALIZAR ACTOS PROCESALES

130. Diversos imperativos jurídicos.

Los imperativos jurídicos han sido clasificados en deberes, obligaciones y cargas[11].

Deberes son aquellos instituídos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituídos en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés.

Los deberes, obligaciones y cargas aparecen en todos los campos del orden jurídico. Pero en el proceso esas tres formas de imperativos jurídicos se presentan con caracteres bien acentuados y visibles.

131. Deberes procesales.

Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos en favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad.

En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren

[11] Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, p. 43.

a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso[12].

En otras alcanzan a los terceros, tales como el deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo, o de servir como árbitro, también luego de haber aceptado el cometido.

En otras se refieren a los deberes administrativos de los magistrados y sus colaboradores. Así, p. ej., el deber de residir en el lugar donde prestan sus servicios (C.O.T., art. 59), de asistir diariamente a sus oficinas (C.O.T., art. 60), etc.

Los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehusa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes.

132. OBLIGACIONES PROCESALES.

Son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso.

Si bien algunos autores niegan la existencia de obligaciones procesales[13], no puede dejarse de reconocer que, reiteradamente, la experiencia jurídica nos coloca frente a imperativos de esta índole.

La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto

[12] *Supra*, nº 119.

[13] GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, p. 83.

existe además una *responsabilidad procesal*, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa[14]. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer.

Existen, también, obligaciones procesales derivadas de los actos dispositivos[15], tales como el allanamiento a la demanda o el desistimiento.

El proceso genera, asimismo, obligaciones económicas frente al Erario, derivadas de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

133. CARGAS PROCESALES.

La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituída en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

En este sentido, la noción de carga se diferencia claramente del derecho.

En tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado), la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho[16].

[14] *Supra*, nos. 45 y 119.

[15] *Supra*, nº 128.

[16] BARRIOS DE ANGELIS, *Contribución al estudio de la carga procesal*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 253; y *La carga en el Código Civil*, en *Estudios en memoria de Irureta Goyena* (*h.*), Montevideo, 1955, p. 17; CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi in onore di Chiovenda*, y en *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, p. 195; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, p. 355; ídem, *Teoría general del proceso*, p. 82; REIMUNDÍN, *En torno al concepto de carga procesal*, en "Rev. La Jus-

Desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, *à double face*; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular. Pero éste puede desembarazarse de la carga, cumpliendo.

En otro sentido, carga es también noción opuesta a obligación.

Cuando se dice que la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, se acentúa la circunstancia de que existe una libertad jurídica de cumplir o no cumplir la obligación. Pero, evidentemente, esa actitud de no cumplir la obligación deriva en consecuencias perjudiciales.

Todo individuo es libre de obrar o de no obrar, asumiendo las consecuencias de sus propios actos. El contenido de una orden, haciendo abstracción de su imperatividad coactiva, no se puede expresar sino con las palabras: "esto debe ser así"[17]. Y en el derecho procesal, esta imperatividad coactiva consiste en poner a cargo de los individuos las consecuencias penosas de sus acciones o de sus omisiones.

La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un *interés*

---

ticia", Tucumán, 1951, p. 2; TORAL MORENO, *Deberes y cargas de las partes en el proceso civil mexicano*, en "Jus", México, 1946, p. 227.

[17] RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, trad. esp., § 10: *La obligatoriedad del derecho*, nº 1.

ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un *interés propio*[18].

La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos. Reside en las consecuencias derivadas de la omisión.

Esas consecuencias opuestas son:

a) que la obligación insatisfecha crea un derecho en favor del acreedor; en la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio del que debe asumir la conducta establecida en la ley;

b) que a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad *subjetiva* o voluntaria; en tanto que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, la responsabilidad *objetiva* derivada de la inactividad. El efecto previsto se produce, en la mayoría de los casos, *ope legis*, aun sin la voluntad del adversario y sin constituír ningún derecho para éste.

Como se advierte, estas distinciones dentro del elemento común de vínculo de la voluntad, más que oposiciones son variantes de un mismo género[19].

134. Cargas e impulso procesal.

La relación del concepto de carga con el de impulso procesal radica en que el juicio avanza también mediante cargas impuestas a las partes.

Con el solo recuerdo de las enunciadas, que son apenas las más importantes (carga de la contestación, carga de la prueba, carga de la conclusión, carga de concurrir al tribunal a notificarse), se percibe que la ley

[18] Cfr. nuestra nota *Carga procesal de asistir a notificarse*, en "Rev. D. J. A.", t. 48, p. 60; asimismo, en la misma revista, *Las evasivas en el reconocimiento de firma*, t. 50, p. 181; *Reconocimiento de documentos por el heredero*. t. 41, p. 187.

[19] El concepto de carga ha sido extendido a otros campos del derecho, tal como surge del estudio de Barrios de Angelis, *La carga en el Código Civil*, cit.

insta a la parte a realizar los actos, bajo la conminación de seguir adelante en caso de omisión. La carga funciona impeliendo a comparecer, contestar, probar, concluír, asistir, bajo la amenaza de no ser escuchado y de seguir adelante.

Pero estas amenazas no configuran un derecho del adversario. No puede hablarse, por ejemplo, de un derecho del actor a que se falle el juicio sin la prueba del demandado. La omisión del adversario podrá indirectamente beneficiar la condición del actor, pero ningún derecho le otorga.

Capítulo III

LA PRUEBA*

135. Planteamiento del tema.

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.

En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o

* A) Obras generales sobre la prueba:

Amaral Santos, *Prova judiciaria no civel e comercial*, 5 volúmenes, 2ª ed.; São Paulo, 1949; Arias Barbé, *De la prueba*, Montevideo, 1943; Bentham, *Pruebas judiciales*, Paris, 1830; Bonnier, *Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5ª ed., Paris, 1888; Bonuma, *De las pruebas en general*, en "Rev. D. P.", 1946, I, p. 328; Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1915; De Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942; Ladd, *Cases and materials on the law of evidence*, Chicago, 1949; Lenhoff, *The law of evidence*, en "The American Journal of Comparative Law", 1954, p. 313; Lessona, *Teoría*

falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Desde el punto de vista de este libro, los problemas de la prueba consisten en saber *qué es* la prueba; *qué* se prueba; *quién* prueba; *cómo* se prueba; *qué valor* tiene la prueba producida.

En otros términos: el primero de esos temas plantea el problema del *concepto* de la prueba; el segundo, el *objeto* de la prueba; el tercero, la *carga* de la prueba; el cuarto, el *procedimiento* probatorio: el último, la *valoración* de la prueba.

Estos son los problemas generales de la prueba civil. Por debajo de ellos se encuentran todos los relativos al estudio particular de cada uno de los medios de prueba:

---

de la prueba en derecho civil, 5 vols., trad. esp., Madrid, 1928-1930; MARTÍNEZ SILVA, *Tratado de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1935, y Buenos Aires, 1947; MATEOS ALARCÓN, *Pruebas en materia civil*, México, 1907; MORENO CORA, *Tratado de las pruebas judiciales*, México, 1904; QUINTANA REYNES, *La prueba en el procedimiento canónico*, Barcelona, 1943; RICCI, *Delle prove*, Torino, 1891; WIGMORE, *The science of judicial proof*, 3ª ed., Boston, 1937.

B) MONOGRAFÍAS Y ESTUDIOS SOBRE LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA:

ANDRIOLI, *Prova in genere*, en el "N. D. I.", t. 10, p. 813; COUTURE, *Pruebas en materia civil*, t. 2 de *Estudios*, Buenos Aires, 1949, y *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932; CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, en *Saggi*, t. 1, p. 241; DECUGIS, *L'évolution des preuves judiciaires en droit comparé*, en "Bulletin de la Société de Législation Comparée", Paris, 1939, p. 77; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, 4ª ed., Buenos Aires, 1939; DUNAND, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, Genève, 1940; GILLY, *Contribution à l'étude du système actuel des preuves en droit civil*, Lyon, 1910; GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947; GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943; HEUSLER, *Die Grundlagen des Bewisrechtes*, en el "Archiv für die Zivilistische Praxis", t. 52, ps. 209 y ss.; LIEBMAN y CHIOVENDA, *Examen comparativo de las pruebas*, en "Rev. D. J. A.", t. 37, p. 65; MILLAR, *The mechanism of fact discovery*, Chicago, 1938; RIOSECO ENRÍQUEZ, *Nociones sobre la teoría de la prueba*, en "Revista de Derecho", Concepción, Chile, 1950, p. 3; ROBAINA, *Generalidades de las pruebas*, Montevideo, 1912.

documentos, testigos, confesión, pericia, juramento, inspección judicial, etc. Pero estos temas escapan al plan de este libro.

§ 1. CONCEPTO DE PRUEBA

136. LA PRUEBA COMO VERIFICACIÓN.

Los hechos y los actos jurídicos son objeto de *afirmación* o *negación* en el proceso.

Pero como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones. Es menester comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción a su respecto.

Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, *un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*[1].

La prueba civil *no es una averiguación*. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal[2], recibiría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos. A tal punto el juez civil no es un

[1] Cfr. WIGMORE, *The science of judicial proof*, cit., p. 3; CARNELUTTI, *Sistema*, t. 1. p. 674; DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, p. 17.

[2] Uruguay, art. 327; Bolivia, 158. Según ambos textos, "prueba es la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de la demanda", o "de los hechos alegados en el juicio". México (D. F.), art. 278, dice "para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos".

investigador, que el reconocimiento del demandado detiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez. La regla general es que si el demandado confiesa clara y positivamente los términos de la demanda, el juicio ha terminado, debiéndose dictar sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite. La doctrina acepta aún, en términos generales y salvo excepciones justificadas, que el reconocimiento de la demanda vale tanto como una sentencia en su contra que se diera el demandado. En poco ha variado, no obstante el tiempo trascurrido, el alcance del precepto clásico: *confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.*

137. LA PRUEBA COMO CONVICCIÓN.

Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio[3].

Así, por lo menos, lo ha reconocido, con buenas razones, la doctrina más reciente[4].

138. PRUEBA JURÍDICA Y PRUEBA MATEMÁTICA.

Nunca podrá ser plenamente entendida la significación de la prueba, si no se la relaciona con la formación lógica de la sentencia.

Siendo ese tema motivo de un desarrollo especial en otra parte de este libro[5], debe postergarse para esa oportunidad la conclusión del presente desarrollo.

[3] Así, CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 2, p. 425; REDENTI, *Profili pratici*, p. 444. Así se dijo también en el caso publ. en "L. J. U.", t. 4, p. 466.

[4] ANDRIOLI, *Prova in genere*, cit., p. 814.

[5] *Infra*, nos. 178 y ss.

Pero puede afirmarse, a modo de resumen sobre el concepto de la prueba en materia civil, que por tal se entiende un método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes. Suministrada regularmente por éstas, queda librada a la iniciativa del magistrado tan sólo en casos excepcionales[6]. Adquiere entonces en el sistema del proceso una gran significación práctica. El convencimiento del magistrado depende, en el derecho vigente, en manera muy especial, de la actividad probatoria de las partes. Más que a un método científico de investigación, la prueba civil se asemeja, como se ha dicho, a la prueba matemática: es una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación anterior.

§ 2. OBJETO DE LA PRUEBA

139. JUICIOS DE HECHO Y DE PURO DERECHO.

El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta: "qué se prueba, qué cosas deben ser probadas".

Nuestros códigos[7] han distinguido los juicios *de hecho* de los *de puro derecho*. Los primeros dan lugar a prueba; los segundos, no. Agotada la etapa de sustanciación, directamente se cita para sentencia.

[6] Ampliamente, sobre estas excepciones, nuestro libro *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932. Posteriormente, la nota publicada en "J. A.", t. 50, p. 462; luego con abundante casuística, PARRY, *Medidas para mejor proveer*, en "Revista del Colegio de Procuradores", Buenos Aires, t. 21, p. 22. Con relación a la ley cubana, NÚÑEZ Y NÚÑEZ, *Providencias para mejor proveer*, La Habana, 1941, y SENTÍS MELENDO, *Medidas para mejor proveer. El problema de la apelabilidad según nuestra jurisprudencia*, en "Rev. D. P.", 1944, II, p. 126, y *Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundín*, en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 172.

[7] Uruguay, arts. 599, 625 y 635; Cap. Fed., 193; Bolivia, 360; Chile, 308; Colombia, 745; Costa Rica, 227; Cuba, 548; España, 552; México (D. F.), 276; Paraguay, 104; Perú, 332 y 335; Venezuela, 279.

Esta división elemental suministra una primera noción para el tema en estudio; regularmente, el derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

140. LA PRUEBA DEL DERECHO. PRINCIPIO GENERAL.

Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo[8].

La regla era la inversa en el derecho griego primitivo, en el cual el juez sólo podía aplicar la ley invocada y probada por las partes. Para ARISTÓTELES las pruebas eran cinco: "las leyes, los testigos, los contratos, la tortura de los esclavos y el juramento"[9].

141. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.

Dicha norma tiene, sin embargo, algunas excepciones que son objeto de solución especial. Así, por ejemplo, cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, se produce una interferencia entre el campo del hecho y del derecho. En nuestro país, en las ediciones corrientes de las leyes de Patentes de Giro existe una interpolación que no es obra del legislador, sino que ha surgido a raíz de una refundición realizada por el Poder Ejecutivo, conforme a la autorización otorgada por ley 9173, pero en una evidente extralimitación de funcio-

[8] CARNELUTTI, *Ignorantia iuris*, en "Riv. D. P. C.", 1926, I, 308.

[9] Cfr.: PAOLI, *Studi sul processo attico*, con prefacio de Calamandrei, Padova, 1933.

nes[10]. En este ejemplo, la existencia o inexistencia de la ley, que es en sí misma derecho, puede derivar en un tema de hecho. Frente a la duda acerca de la autenticidad de las ediciones oficiales, será menester producir prueba del hecho de la existencia o de la inexistencia de la ley, acudiendo a los archivos del Parlamento y del Ejecutivo, donde se encuentran los textos originales.

Una primera excepción, pues, al principio de que el derecho no es objeto de prueba, sería la existencia o inexistencia de la ley. Conviene aclarar, sin embargo, que si las partes hubieran discutido la existencia del derecho, sin producir prueba al respecto, ello no obstaría a que el juez decidiera igualmente el conflicto investigando por sus propios medios, aun fuera del juicio, la ley aplicable.

142. PRUEBA DE LA COSTUMBRE.

Otra excepción es la que surge de aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente de derecho[11]. Así ocurre, por ejemplo, en materia de medianería[12], de usos comerciales[13], de abordaje[14], de salarios[15], etc.

En estos casos en que la costumbre es derecho, si fuera discutida o controvertida, habría de ser objeto de

[10] "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 312, y la nota *Una ley imaginaria. El decomiso de los vehículos de los vendedores ambulantes incursos en infracción a la ley de Patentes de Giro.*

[11] El Código del Brasil destina los arts. 259 a 262 a ordenar la forma de probar los usos y costumbres. En nuestro derecho no existen tales normas, no obstante que los arts. 297, C. Com., y 1834, C. C., tienen diaria aplicación. Sobre este tema, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *La prueba del derecho consuetudinario*, en "Rev. D. P.", 1934, p. 145; PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes*, Paris, 1910; asimismo, GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, t. 1, ps. 350 y ss.

[12] C. C. Uruguay, art. 594; ACEVEDO, *Proyecto*, art. 544 y su nota.

[13] DÍAZ DE GUIJARRO, *Los usos y costumbres en el derecho mercantil*, en "J. A.", t. 23, p. 1026; GARCÍA, *Los usos como fuente del derecho mercantil mexicano*, en "La Justicia", México, 1949, p. 6963.

[14] "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 339; "Jur. A. S.", t. 61, nº 13.005.

[15] "L. J. U.", t. 2, caso 449.

prueba. Pero también en estos casos debe tenerse presente que, a falta de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios[16]. En este caso, más que de una *carga* de la prueba debe hablarse de un *interés* en la prueba. La parte que apoya su derecho en la costumbre debe ser diligente en producir la prueba de ésta. Pero si no lo hiciera, el juez puede aplicar la costumbre según su conocimiento particular u ordenar de oficio los medios de prueba tendientes a tal fin[17].

143. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Una tercera excepción al principio de que el derecho no es objeto de prueba, es la que se refiere al derecho extranjero[18].

Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional, y con relación a todos los habitantes del país. Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. La existencia de ese derecho no tiene para el juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida. Tal prueba puede producirse por un dictamen de abogados[19], o por informes de carácter oficial[20].

Sin embargo, es menester aclarar que, con arreglo

[16] GÉNY, *op. cit.*, p. 352; FERRARA, *Trattato di diritto civile*, t. 1, ps. 147 y ss. Para el derecho comercial, VIVANTE, *Trattato*..., t. 1, ps. 59 y ss.

[17] Análogamente, "L. J. U.", t. 20, nº 3040.

[18] Ampliamente sobre el tema, ROMERÓ DEL PRADO, *Omisión o insuficiencia de la prueba de la ley extranjera*, en "La Ley", t. 54, p. 22, y *La prueba en el Derecho Internacional Privado*, "La Ley", t. 54, p. 612. NIBOYET, *Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux d'un juge d'un pays déterminé*, en "Rev. de Droit International", 1928, nº 6; asimismo, WERNER GOLDSCHMIDT, *La consecuencia jur[illegible]a de la norma del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1935, ps. 64 y ss.

[19] "Rev. D. J. A.", t. 10, p. 343; POLLAK, *System*, 479; PONTES DE MIRANDA, *Comentarios*, t. 2, p. 169.

[20] LESSONA, *Tratado*..., t. 1, p. 196.

al Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1889, arts. 1 y 2 del Protocolo Adicional, el derecho de los países signatarios no necesita ser objeto de prueba. Basta con que el juez se ilustre respecto de él, y lo aplique, sin necesidad de prueba.

144. LA PRUEBA DE LOS HECHOS. PRINCIPIO GENERAL.

La regla ya expuesta de que sólo los hechos son objeto de la prueba tiene también una serie de excepciones.

La primera excepción consiste en que sólo *los hechos controvertidos* son objeto de prueba.

Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos *sobre que se litiga* son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes[21].

Puede afirmarse que en esta sencilla norma queda comprendida la teoría del objeto de la prueba. Mediante ella se procura fijar, con la máxima exactitud posible, el conjunto de proposiciones que quedan sometidas a verificación judicial. Si invirtiendo el texto del precepto se dijera que los hechos no impugnados no son objeto de prueba, quedarían expuestos los dos aspectos del principio[22].

145. HECHOS ADMITIDOS EXPRESAMENTE.

La doctrina llama *admisión* a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos

[21] Ampliamente sobre este tema, SADEK-FAHMY, *Le fait pertinent et admissible*, Paris, 1933.

[22] Este tema ha sido estudiado en forma ejemplar, con sutiles desarrollos, por FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justinianeo, probar los hechos no relevantes: "*frustra probatur quod probatum non relevat*"[23].

Es necesario ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluír que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso.

Esta solución no tiene, en nuestro derecho, a diferencia de lo que ocurre en algunos códigos extranjeros, otro texto que la consagre que el ya referido. Pero, por su naturaleza, no lo necesita. Por lo demás, podría considerarse vigente ya que existía en la legislación anterior al Código[24], sin haber sido derogada por éste ni expresa ni tácitamente. La jurisprudencia, reiteradamente, hace uso de esta conclusión[25].

Puede afirmarse, entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.

[23] En estos mismos términos, "L. J. U.", 2756.

[24] Partida III, ley 3, tit. 10. Fuero Real de España, L. I, tít. 6, libro 2.

[25] "Rev. D. J. A.", t. 37, p. 12; t. 42, p. 342; "L. J. U.", 404, 679 y 819, 1955, 2343, 2478; "Jur. A. S.", t. 9, nº 2404.

146. Hechos admitidos tácitamente.

Hay necesidad, sin embargo, de fijar el alcance de esta doctrina, teniendo en cuenta aquellos casos en los cuales la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo.

Así, en los casos de respuesta de expectativa, cuando ésta es legítima[26], el actor debe producir totalmente la prueba, por aplicación del principio de que a él le incumbe la prueba de sus proposiciones.

Otro tanto sucede en el caso en que el demandado es declarado rebelde; en este caso, objeto de prueba son todos los extremos que invoca el actor, aunque el juez puede aplicar menor rigor en la apreciación de esa prueba, en atención a la propia actitud del demandado.

En el derecho antiguo, la rebeldía del reo relevaba totalmente al actor de la producción de la prueba. No mediaba para tal fin el principio de hostilidad al rebelde. reflejado en los preceptos *les absents ont toujours tort* y *contra absentes omnia jura clamant*, sino, más bien, el principio dogmático de que hecho no impugnado era hecho admitido, llevado hasta sus últimos extremos[27].

La solución del derecho moderno es diferente. El rebelde es admitido a producir prueba, porque la ley establece contra él una serie de sanciones, pero entre ellas no se halla la de privarle de la prueba. La privación de prueba al rebelde significa desnaturalizar uno de los atributos del sistema probatorio: el de la recíproca oposición, en el debate y en las pruebas, de ambas partes. El texto legal hace gravitar la prueba sobre los hechos que se litigan: y los hechos que se litigan, aunque sean

[26] Por tal se entiende aquella en que el demandado ignora los hechos de la demanda y se reserva pronunciarse sobre ésta después que se haya producido la prueba del actor: la sucesión por hechos de su causante; el defensor de oficio por hechos de su representado; el síndico por los hechos del fallido; etc.

[27] Ampliamente, Dona, *Il silenzio nella teoria delle prove giudiziali*, Torino, 1929, ps. 8 y ss.

tan sólo los que invoca el actor, siempre pueden ser objeto de *contraprueba* por parte del adversario.

Cuando la jurisprudencia se ha inclinado por la precedente solución[28] lo ha hecho amparándose no sólo en las razones de principio enunciadas, sino también siguiendo su línea de liberalidad y de tendencia a permitir que llegue al juicio el máximo de elementos de convicción que beneficien la obra de la justicia[29].

Todavía el principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones, porque determinados hechos controvertidos no necesitan probarse.

No son objeto de prueba, por ejemplo, dentro de los hechos controvertidos, los hechos presumidos por la ley, los hechos evidentes y los hechos notorios.

147. HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY.

No necesitan prueba los hechos sobre los cuales recae una presunción legal.

Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta. Como creemos haberlo demostrado en otra oportunidad[30], ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba.

Así, por ejemplo, no es necesario probar que el demandado conocía cuáles eran sus obligaciones jurídicas, porque todo el sistema del derecho parte de la presunción del conocimiento de la ley. No hay tampoco necesidad de probar en el juicio que el hijo nacido du-

[28] "Jur. A. S.", t. 6, caso 1685; "Rev. D. J. A.", t. 10, ps. 280, 316 y 320; t. 39, p. 346; t. 41, p. 244; "J. U.", t. 5, p. 251; "L. J. U.", 475; t. 11, nº 1955; t. 14, nº 2343; t. 15, nº 2478.

[29] Cfr. "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 17.

[30] *La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les arts. 1349 et 1350 du Code Napoléon*, en "Revue Internationale du Droit Comparé", 1954, nº 4; y en "Rev. D. J. A.", t. 53, p. 192.

rante la existencia del matrimonio, viviendo los padres de consuno, es hijo de esos padres. No hay necesidad de probar que el fundo es libre y que no soporta gravamen, porque la ley lo presume así, etc.

La doctrina ha insistido siempre sobre las proyecciones de la presunción sobre *la carga* de la prueba[81]. Pero parece indispensable aclarar que esos efectos sobre la carga de la prueba, que serán más adelante considerados, son apenas una etapa consecutiva de los efectos que ese fenómeno proyecta sobre *el objeto* de la prueba.

La presunción legal absoluta significa consagrar una exención de prueba de los hechos presumidos. No sólo se declara inútil la prueba contraria, sino que también se declara inútil la prueba favorable. Cuando la ley presume que la cosa juzgada refleja la verdad, no sólo priva de eficacia a la prueba dirigida a demostrar la mentira de la sentencia, sino que también consagra la inutilidad de la prueba dirigida a demostrar la verdad de la sentencia.

La disposición legal que establece que "toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley"[82], consagra, ante todo, un precepto *del objeto* de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba; no es objeto de ella. Tampoco lo es el hecho objeto de una ficción legal.

La presunción y la ficción, en este sentido, más que medios de prueba son subrogados de prueba. Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no

[81] Barraine, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, 1942; Rosenbusch, *La prueba de presunciones en materia civil y comercial*, en "J. A.", 1945-IV, p. 190; Hedemann, *Las presunciones en el derecho*, trad. esp., ps. 300 y ss.; Ramponi, *Teoria generale delle presunzioni*, caps. I y II; Fautrier, *La prueba de indicios*, Buenos Aires, 1944.

[82] C. C. uruguayo, art. 1602; francés, 1352; Acevedo, 1583.

es sino la consecuencia natural de su eliminación del campo del debate[33].

Pero una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad.

Lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad.

Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse. Para que funcione la presunción de verdad que emana de la cosa juzgada, debe probarse plenamente la existencia del fallo ejecutoriado; para que se presuma la filiación del hijo de familia es menester la prueba del matrimonio.

Admitido lo que precede, que fija las relaciones del hecho presumido con la teoría del objeto de la prueba, queda planteado el problema de saber cómo influye esta construcción sobre el tema de la carga de la prueba, al provocar una verdadera inversión en el sistema.

El desarrollo del tema se hará en el momento oportuno, al estudiar ese aspecto de la prueba.

148. LOS HECHOS EVIDENTES.

También está fuera del objeto de la prueba la demostración de los hechos evidentes.

A nadie se le exigiría probar, por ejemplo, el hecho de que hayan llegado primero ante sus sentidos los efectos de là luz que los efectos del sonido, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la oscuridad la dificulta, etc. En esos casos la mentalidad del juez suple la activi-

[33] El tema de las ficciones ha sido abordado con toda amplitud en las Jornadas de Derecho Civil de Lieja, en 1947. Los informes de JANNE HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, y el debate posterior, aparecen publicados en "Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française", t. III, Paris, 1948, ps. 235 y ss.

dad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del magistrado.

En este punto, vuelve la teoría de la prueba a tomar importante contacto con la génesis lógica de la sentencia. La exención de prueba de los hechos evidentes, no constituye sino un aspecto del problema más vasto del saber privado del juez como elemento integrante de su decisión. Tanto en el derecho inglés, como en el alemán, como en el italiano[34], se ha hablado de la *prueba prima facie,* considerando tal a aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida y de la experiencia de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas.

En nuestro derecho, las disposiciones relativas a presunciones judiciales, "confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado", consagran la posibilidad de que éste supla las faltas de prueba de las partes, con su normal conocimiento de las cosas y su experiencia de la vida. Si de la prueba producida surge que un automóvil corría a 150 kilómetros por hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de dos metros. La experiencia, el común conocimiento en el estado actual de información que poseemos, nos enseña que tal cosa es imposible. La evidencia, *prueba prima facie*, hace innecesaria otra demostración.

La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas *máximas de experiencia.* Éstas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples

[34] HALSBURY, *The laws of England*, London, 1910; RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe*, en "Juristische Wochenschrift", 1904, p. 408; PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*, Padova, 1935.

casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie[85].

Tanto para la prueba *prima facie*, como para las máximas de experiencia, no rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable para esos hechos que no podrán negarse sin negar la evidencia.

Pero se debe aclarar que esto no supone la prohibición de una prueba contraria.

Los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen.

Una máxima de experiencia habría hecho innecesaria para un juez romano del tiempo de Augusto, la prueba de que una misma persona pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma; hoy habría que admitir una cosa distinta. La máxima de experiencia apoyada en la velocidad del automóvil, en el ejemplo más arriba propuesto, habría rechazado hace cuarenta años, hasta la posibilidad de que un vehículo de esa índole llegara a correr a 150 kilómetros por hora; la imposibilidad de detenerse en un espacio de dos metros, admisible en el momento actual, podrá no serlo dentro de algunos años.

Del desmoronamiento de máximas de experiencia y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico. Una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica.

[85] STEIN, *Das private Wissen des Richters*, p. 21; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937; BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in cassazione*, en "Riv. D. P. C.", 1924, II, 256; PAVANINI, *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, en "Riv. D. P. C.", 1937, I, p. 247; CALAMANDREI, *Massime di esperienza in cassazione*, en "Riv. D. P. C.", 1927, II, p. 122; CARNELLI, *Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 125; DUNAND, *Du rôle respectif du juge et des parties*, cit., p. 63.

149. LOS HECHOS NORMALES.

La tesis de que lo evidente no necesita prueba, admitida por los autores antiguos, ha tenido en la doctrina una extensión o prolongamiento de muy especial interés.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan que a falta de prueba, los hechos deben suponerse conformes a *lo normal* y *regular* en la ocurrencia de las cosas[36].

Frecuentemente los tribunales suplen las faltas de prueba de las partes, admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida y no en forma extravagante o excepcional[37]. Aquel a quien la noción normal beneficia, es relevado de prueba. Su adversario es quien debe probar lo contrario.

Este tema es considerado habitualmente como una cuestión atinente a la carga de la prueba, ya que aparentemente significa eximir de la prueba a una de las partes (la que sostiene lo normal) y gravar con ella a la otra (la que sostiene lo extraordinario). Pero, parece fácil de percibir que tampoco se halla aquí en juego un principio de distribución de la carga probatoria entre las partes. Lo que está en tela de juicio es el punto de saber si los hechos evidentes, regulares y normales son *objeto* de prueba.

La regla, en el sentido que acaba de exponerse, es la de que los hechos normales no son objeto de prueba. El conocimiento de éstos forma parte de esa especie de saber privado del juez, que éste puede invocar en la fundamentación de la sentencia. Lo contrario de lo normal es, eso sí, objeto de prueba. La parte que sostenga que la visibilidad era perfecta durante la noche, o que una casa nueva y bien construída amenaza ruina, o que el

[36] Así, en LESSONA, *Teoría de las pruebas*, t. I, p. 133; PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. 2, nº 51. Asimismo, ORÚS, *Fundamento lógico y jurídico de la verosimilitud*, en "La Ley", t. 47, p. 1006.

[37] "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 339; "Jur. A. S.", t. 9, nº 2431.

acto del comerciante fue a título gratuito, o que el presunto padre era impotente, o que el consentimiento fue arrancado por dolo, etc deberá producir la prueba de ese extremo. Pero nada impone al que alega la defectuosa visibilidad de la noche, la solidez de la casa reciente, el carácter lucrativo del acto de comercio, la aptitud de generación del presunto padre, el valor obligatorio del consentimiento, etc., dirigir su actividad probatoria hacia esos hechos que, por normales y constantes, se deben tener por admitidos hasta prueba contraria.

La doctrina más reciente[38] ha venido perfeccionando la noción de *standard* jurídico, definiéndola como "una medida media de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada". El *standard* es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica[39] diariamente aplicado. La intuición y la experiencia, se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del *standard*. La misma doctrina pone como ejemplos de esa medida de conducta social la buena fe en los negocios, la diligencia del buen padre de familia en la noción de culpa, el *reasonable service and reasonable facilities* en el derecho de los servicios públicos[40].

Una noción semejante domina el derecho en materia probatoria. El *standard* es la suposición absolutamente natural de que los hombres mantienen su línea habitual de conducta; que los hechos se desenvuelven de acuerdo con las previsiones regulares de la experiencia; que los actos se inspiran en los móviles que se reflejan en el mundo exterior.

El relevo de prueba de esas circunstancias, como consecuencia natural de lo evidente y normal, se apoya

[38] AL SANHOURY, *Le standard juridique*, en "Recueil Gény", t. 2, p. 144; STATI, *Le standard juridique*, Paris, 1927, p. 45.

[39] Así considera GÉNY, *Science et technique*. . ., t. 3, ps. 258 y ss., al conjunto de presunciones y ficciones que aparecen en todas las ramas del derecho.

[40] AL SANHOURY, *op. cit.*, p. 146.

tanto en un principio lógico (el principio de causalidad), como en una regla empírica (el normal conocimiento de la vida y de las cosas).

150. LOS HECHOS NOTORIOS.

Quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios[41].

El antiguo derecho había sentado el aforismo *notoria non egent probatione*, el que debe admitirse también en el derecho moderno, aun a falta de texto expreso[42].

Sin embargo, este principio exige una serie de aclaraciones, tendientes a demostrar con la mayor precisión posible, qué hechos deben considerarse notorios.

Por lo pronto, el concepto de notoriedad no puede tomarse como concepto de generalidad. Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos. En ese sentido, se comprende que sea notorio el hecho, por ejemplo, de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido de todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de los centros de información. Sin embargo, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio.

[41] ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, en "Riv. D. P. C.", 1934, II, p. 13; AYARRAGARAY, *Con motivo de "El hecho notorio" de Lorenzo Carnelli*, en "Rev. D. P.", 1945, I, p. 95; CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, en *Studi*, t. 2, p. 289; en "Riv. D. P. C.", 1925, I, 203; en "Rev. G. D. y J.", t. 4, p. 557, y en "Rev. D. P.", 1945, I, p. 96; CARNELLI, *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944; GAILLARD, *De la preuve par commune renommée*, Paris, 1906; PAVANINI, *Massime di esperienza e fatti notori in cassazione*, en "Riv. D. P. C.", 1934, II, p. 67; R. SCHULTZ, en "Festgabe für R. Schmidt", 1932, p. 283; TOBAL, *Comentario de "El hecho notorio" de Lorenzo Carnelli*, en "La Ley", t. 38, p. 1148.

[42] Debe distinguirse lo que constituye hecho notorio de la prueba de común renombre o fama pública, que aún mantienen algunos códigos. Ésta es, en sí misma, una prueba de testigos con modalidades especiales. Así, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 201.

Tampoco equivale a conocimiento absoluto, sino a conocimiento de carácter relativo. Así, es notorio el nombre de los afluentes del río de la Plata, aunque quien deba responder no se encuentre en el acto en condiciones de repetir sus nombres de memoria, pues bastaría para recordarlos con acudir a una sencilla información.

Tampoco notorio quiere decir conocimiento efectivo, es decir, conocimiento real. Nadie duda de la ocupación de París por los ejércitos alemanes en 1940 y su ulterior liberación, aunque no se tenga un conocimiento real o efectivo derivado de la contemplación de ese hecho. En ese sentido, pues, notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre; una especie de estado de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una noción.

Y por último, tampoco lo notorio puede interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el conocimiento por todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar. Así, por ejemplo, dentro de un mismo país, un hecho podrá ser notorio para unos hombres y no lo será para otros. Las ferias ganaderas o agrícolas, son notorias para los hombres del campo y desconocidas para los hombres de la ciudad; ciertos actos culturales o artísticos lo son para éstos y no para aquéllos.

En un libro destinado especialmente a este tema[48], se concluye que el concepto de hecho notorio es peligroso y perjudicial, una vez que se haya hecho la necesaria distinción con la evidencia, las verdades científicas y los hechos históricos.

El concepto de notoriedad procura, sin embargo, dos altos fines de política procesal. Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias. En este sentido significa un homenaje al principio de economía, oportunamente expues-

[48] CARNELLI, *El hecho notorio*, cit., p. 209; a sus puntos de vista se adhiere, en términos generales, AYARRAGARAY, *Con motivo de "El hecho notorio" de Lorenzo Carnelli*, cit.

to[44]. Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en "ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe".

Un caso típico de infracción a estos propósitos es el famoso ejemplo del tribunal inglés que, en la ejecución de una letra de cambio datada en Hamburgo, la admitió en juicio como fechada en la parroquia de Santa María Le Bow, en Londres. "Porque, dice el tribunal, si bien es exacto que sabemos que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado de que así sea"[45].

La conclusión a que se debe llegar, luego de cuanto queda expuesto, es la de que pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión[46].

La aplicación del concepto desarrollado con relación al juicio civil conduce a resultados como los que se pasan a proponer.

Si el actor y el demandado han celebrado un convenio por virtud del cual se establece que uno pagará a otro una suma de dinero "el día en que cambie el actual gobierno", la exigibilidad de la obligación depende de un hecho que es, sin duda, notorio con relación al medio o círculo social en que el juez y las partes actúan. No será necesaria, en consecuencia, la prueba de que un nuevo gobierno asumió el poder, una vez que ese hecho haya ocurrido.

Parece necesario, todavía, aclarar con relación al

[44] *Supra*, nº 118.

[45] NUSSBAUM, *Principles of private international law*, New York, 1943; ALFONSÍN, *Nota sobre el sistema anglo-americano de derecho privado internacional*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo", 1950, 1, p. 187.

[46] CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, p. 314. Un caso de aplicación, en "L. J. U.", 1725.

concepto de notoriedad, que el principio de que lo notorio no necesita pruebas no es aplicable en aquellos casos en los cuales la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho. Así ocurre con la *posesión notoria* del estado civil; la *suficiencia notoria*; la *incapacidad notoria*; la *notoria mala conducta*[47], a que las leyes aluden reiteradamente. Si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se debería llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria no necesita producir prueba de ese extremo. Esta petición de principio sería absurda, porque lo notorio es, en tal caso, el propio hecho controvertido, y la condición necesaria para la existencia del derecho. Es, entonces, *objeto* de prueba, por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia[48].

151. DETERMINACIÓN DE LAS PRUEBAS PERTINENTES Y ADMISIBLES.

La teoría del objeto de la prueba procura, como se ha visto, señalar cuáles son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración.

Pero cuando el intérprete ha fijado con la mayor exactitud posible los puntos que quedan dentro de la actividad probatoria y los que quedan fuera de ella, encuentra a su paso una regla de carácter general cuyo sentido requiere una nueva apreciación.

El precepto complementario en materia de objeto de la prueba es el de que si bien sólo requieren demostración los hechos controvertidos y no se admitirá prueba, en ningún caso, sobre los hechos que no son objeto

[47] Ver asimismo: BAYARDO BENGOA, *Acerca de la notoria mala conducta*, en "Rev. D. L.", 1948, p. 168.

[48] A este respecto corresponde formular la necesaria distinción entre motivo de prueba y medio de prueba, tal como lo hace, correctamente, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *La prueba mediante fama pública*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 20.

de ella, las que no pertenezcan (al litigio) serán irremisiblemente desechadas de oficio al dictarse sentencia[49].

El problema se plantea, entonces, frente a los textos citados, en los siguientes términos:

a) la prueba que no corresponde al debate, ¿puede ser desechada *in limine*, desde el momento mismo de su producción?;

b) por el contrario, ¿debe ser admitida, sin perjuicio de no apreciar su eficacia sino en el momento de dictarse sentencia?

La importancia de la solución que se adopte, radica en que ambas fórmulas entrañan peligros de verdadera consideración dentro del desenvolvimiento del juicio. De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del prejuzgamiento; el magistrado, guiándose por impresiones superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones. Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución apoyándose en tales argumentos[50]. Pero si se adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría, así, al magistrado, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función[51].

Para abordar el estudio de este problema es menester anticipar una cuestión de léxico.

[49] Uruguay, art. 330; Cap. Fed., 108; Bolivia, 161; Chile, 122; Colombia, 596; Costa Rica, 242; Cuba, 565; Ecuador, 117; España, 565 y 566; México (D. F.), 291; Paraguay, 109; Perú, 339; Venezuela, 292.

[50] "Jur. A. S.", t. 1, casos 267 y 1078; "L. J. U.", casos 307, 342, 343, 371 y 549; "Guía del Comercio", t. 35, p. 275; y "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 87. En sentido contrario, "Jur. A. S.", t. 62, nº 12.938.

[51] La ley argentina 14.237 adoptó frente a este tema una solución particular cuyo examen ha sido hecho por CALATAYUD, *Fijación previa de hechos a probar en el nuevo ordenamiento procesal*, en "La Ley", t. 76, p. 802.

En este sentido corresponde distinguir la *pertinencia* de la *admisibilidad* de prueba.

Prueba *pertinente* es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba *impertinente* es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es la que versa sobre hechos que han sido aceptados por el adversario. Se trata, como se ve, de la aplicación apropiada de los principios *del objeto* de la prueba, que acaban de exponerse.

En cambio, de prueba *admisible* o *inadmisible* se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de *los medios* aptos para producirla. Así, puede sostenerse que es prueba inadmisible, por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado; las cartas misivas dirigidas a terceros, cuando se trata de acreditar obligaciones; la exhibición general de los libros de comercio fuera de los casos previstos en la ley mercantil; la prueba de documentos que debió haberse presentado con la demanda y no se presentó; la prueba de posiciones a cargo de un menor de edad[52], etc. En estos casos, como se ha dicho, no se halla en juego la pertinencia o impertinencia de la prueba, sino la idoneidad del medio utilizado para producirla.

Lo que la norma legal en estudio posterga para el momento de la sentencia es la apreciación de la perti-

[52] Estas soluciones, que en el derecho uruguayo tienen textos expresos que las consagran (C. P. C., arts. 402, 354 y 290; C. Com., 71; C. C., 1590), son constantes y aparecen con leve variación en todas las legislaciones. Sobre todas ellas, ampliamente, LESSONA, *Teoría de las pruebas*, t. 1, p. 276.

nencia o impertinencia de la prueba; no su admisibilidad.

Propuesta una prueba aparentemente impertinente, no corresponde debatir *in limine* sobre su incorporación o su alejamiento del proceso. El juez debe postergar siempre esa calificación para la sentencia definitiva[53].

La jurisprudencia ha reservado, sin embargo, a los jueces, una especie de válvula de seguridad, para aquellas pruebas notoriamente impropias, o escandalosas, o cuyo costo desproporcionado excede de las exigencias del litigio, o escritos improcedentes, etc.[54]. Pero estas soluciones no pueden considerarse inherentes a la prueba, sino de verdadera disciplina judicial, tendientes a evitar los excesos de litigantes notoriamente maliciosos. Fuera de esos casos, y aun en la duda, la conducta que corresponde asumir, conforme al derecho vigente, es reservar el pronunciamiento para el instante del fallo.

Un ejemplo de la solución precedente, destinado a aclarar su alcance, sería el siguiente: en juicio de responsabilidad civil, se solicita prueba de testigos para acreditar la falta de aptitud del demandado para el manejo de un automóvil; esa prueba puede adolecer de dos vicios: uno, consistente en el hecho de que tal falta de habilidad no fue invocada por el actor ni en la demanda ni en la réplica; otro, derivado del hecho de que la ineptitud para manejar automóviles sólo puede ser apreciada por peritos. El primero de esos defectos constituye un problema de pertinencia; el segundo, un problema de admisibilidad. El juez no podrá rehusarse a admitir la prueba invocando su impertinencia, pero podrá denegar

[53] "Rev. D. J. A.", t. 10, ps. 280, 315 y 320; t. 33, p. 137; t. 44, p. 51; t. 46, p. 144; t. 7, p. 173; "Jur. A. S.", t. 1, caso 267; t. 3, caso 1078; "B. J.", t. 3, ps. 288 y 325; "L. J. U.", 1931, con nota de CANON NIETO.

[54] Así, los fallos de la Corte, en "Jur. A. S.", t. 1, caso 440, y t. 3, caso 857; "Guía del Comercio", t. 35, p. 275; "L. J. U.", 3070; "Jur. A. S.", t. 62, nº 12.938; y "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 68, en un curioso caso en que se rechazó como medio de prueba un pedido de informes al Censo de Montevideo.

su diligenciamiento aduciendo la inadmisibilidad del medio elegido para demostrar el hecho.

Esta solución, constante en los códigos de tipo liberal redactados en el siglo XIX, parece ser abandonada en los más recientes, que dan al juez amplios poderes en materia probatoria.

§ 3. LA CARGA DE LA PRUEBA

152. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA.

Delimitado con arreglo a los principios expuestos el campo del *objeto* de la prueba, abordar el tema de *la carga* supone un paso más adelante, tendiente a saber quién prueba: cuál de los sujetos que actúan en el juicio (el actor, el demandado, el juez) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate[55].

Se trata, sin duda, del problema más complejo y delicado de toda esta materia. La doctrina se debate hace siglos frente a los problemas de este punto, que afectan no sólo los principios doctrinales, sino también la política misma de la prueba.

Una clara evolución se percibe en los intentos de reforma legislativa de los últimos años. Admitiendo las opiniones de los autores de fines del siglo pasado y comienzos del presente, en el sentido de considerar que

[55] AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932; LIEBMAN y CHIOVENDA, *Examen comparativo de las pruebas*, cit....; GELSI BIDART, *Objeto y carga de la prueba en las últimas leyes de desalojo*, en "Rev. D. P. P.", t. 23, p. 131; JUÁREZ ECHEGARAY, *La prueba en general; especialmente libertad y cargo de la prueba*, en "Rev. de la Universidad de Córdoba", 1939, p. 347; LEONHARD, *Die Beweislast*, 2ª ed., 1926; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, con documentación y puntos de vista realmente excelentes; MORETTI, *Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba*, en "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 80; RICCA BARBERIS, *La carga de la prueba*, en "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 99; ROSENBERG, *Die Beweislast*, 2ª ed., 1923; THEVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Lyon, 1921.

el tema de la carga de la prueba pertenece a una época del derecho pasada definitivamente, se ha abandonado la solución consagrada todavía en nuestros códigos, de repartir de antemano la actividad probatoria entre las partes, y se ha buscado una aproximación del juez civil al penal, poniendo en manos de éste una considerable iniciativa en materia probatoria[58].

Por razones fáciles de comprender, el tema de la carga de la prueba se modifica en el proceso inquisitorio. En éste, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propiamente hablarse de *carga* de la prueba. Ésta es, como se verá inmediatamente, un riesgo o quebranto para la parte, derivado de la falta de prueba; y en los casos de iniciativa judicial, no se concibe crear ese riesgo, ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma.

En el proceso inquisitorio, es menester seguir las conclusiones de la doctrina del derecho procesal penal, que ha preferido "radiar los vocablos *carga de la prueba*" del léxico de la ciencia. En cambio, en el proceso dispositivo, no se trata sólo de reglas para el juez, sino también de reglas o de normas para que las partes produzcan las pruebas de los hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones.

153. La carga de la prueba como imposición y como sanción.

Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

[58] Así, Brasil, arts. 210, 220 y 227; Italia (Código de 1940), "*Relazione Grandi*", § 20; Francia, decreto-ley del 30 de octubre de 1935; México, arts. 278 y 279, D. F.; 79 y 80, Fed.

La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.

Pero en segundo término, casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquéllas.

La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir.

Pero cuando esa carga debe reducirse a principios, la complejidad del problema se hace creciente y de muy difícil solución. Un conjunto de aforismos clásicos, algunos hasta pertenecientes a un sistema procesal que ya no existe; sigue siendo objeto de aplicación diaria por la jurisprudencia. Los adagios "*actore non probante reus absolvitur*", "*actori incumbit probatio*", "*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*", "*factum negantis probatio nulla est*", "*reus in exceptione actor est*", etc., mantienen aún su vigencia forense, aplicándose a las más diversas y aun a las más opuestas soluciones.

Un esfuerzo por aclarar estos principios, debe procurar, necesariamente, señalar el campo propio de cada

uno de ellos para llegar a establecer su exacto sentido en el derecho vigente.

154. La carga en las obligaciones y en los hechos jurídicos.

El principio general de la carga de la prueba puede caber en dos preceptos:

a) *En materia de obligaciones*, el actor prueba los hechos que suponen existencia de la obligación, y el reo los hechos que suponen la extinción de ella.

b) *En materia de hechos y actos jurídicos*, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones.

Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba[57].

El mismo principio, desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación; y si no lo hace, pierde[58]. En un contrato de préstamo, el actor dice: presté mil pesos y no me han sido devueltos; exijo que

[57] A título de ejemplo, pues la casuística es imposible de resumir: "Rev. D. J. A.", t. 29, p. 378; t. 30, p. 349; t. 41, p. 244; "J. U.", t. 3, p. 31; t. 4, p. 222; t. 5, ps. 27 y 178; "Jur. A. S.", 1316, 1780, 2277, 2309, 2492 y 2768. Una de las aplicaciones más interesantes surgidas en los últimos tiempos en nuestra jurisprudencia, es la que exige al actor no sólo la prueba del hecho ilícito en la culpa aquiliana, sino también la efectividad del perjuicio, no siendo admisible postergarla para el procedimiento de los arts. 505 y ss. Así, "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 104; "L. J. U.", 2046. Otro caso de importancia es el de la simulación. Cfr. a este respecto, Acuña Anzorena, *La carga de la prueba en materia de simulación*, en "La Ley", t. 73, p. 514.

[58] También a título de ejemplo, "Jur. A. S.", 169, 2277, 2282, 2433, 2443, 1402, 1583, 2282 y 2768.

se condene al demandado a pagarlos. Ese actor tiene la carga de la prueba: debe demostrar el contrato de préstamo, es decir, el hecho constitutivo de la obligación. Si no lo prueba, el demandado, aun quedándose quieto, gana el juicio. Ahora, si el demandado dice: sí, yo recibí mil pesos en préstamo, pero los pagué, es decir, opone la excepción de pago, entonces la carga de la prueba se reparte así: el actor tiene que probar la existencia de la obligación, pero no tiene que probar que no se pagó; pero como el reo ha reconocido la verdad del hecho constitutivo, por esa sola circunstancia se tiene por acreditado el hecho que hizo surgir la obligación. Si el demandado no quiere sucumbir, debe producir toda la prueba de los hechos que justifican el hecho extintivo de la obligación, esto es, la prueba del pago; y si no la produce, pierde[59].

155. DIVERSOS TIPOS DE HECHOS.

Pero no todos los casos aparecen con tanta simplicidad como el ejemplo anteriormente propuesto.

Una variante muy natural del caso podría ser la siguiente: el actor alega la existencia del préstamo; el demandado confiesa la obligación y se excepciona invocando el pago; pero el actor aduce que el pago fue hecho en manos de un mandatario que no tenía facultades para recibir la suma debida y que debe pagarse de nuevo por virtud del principio general de que quien paga mal debe pagar dos veces; pero por su lado el demandado añade que el actor, mediante un acto de ratificación posterior, ha aprobado la actitud del mandatario.

Como bien se comprende, pueden aún aumentar las dificultades si se continúan discutiendo los extremos y

[59] En el presente ejemplo se elude, en razón de su carácter esquemático, el problema que podría plantearse, relativo a la divisibilidad de la confesión, que, por sus propias características, escapa al alcance de este desarrollo. Así, "L. J. U.", t. 10, nº 1792.

características del acto de ratificación. Así, por ejemplo, si se añadiera que el actor era incapaz cuando ratificó el acto del mandatario, etc.

Se advierte, entonces, que la simple división de los hechos en constitutivos y extintivos resulta estrecha frente a la casuística de los ejemplos suministrados diariamente por la vida forense. Se hace necesario, en consecuencia, llevar más adelante la distinción de los hechos que deciden la suerte de las obligaciones.

156. HECHOS CONSTITUTIVOS, EXTINTIVOS, INVALIDATIVOS Y CONVALIDATIVOS.

La doctrina amplía, entonces, hasta cuatro los tipos de hechos que pueden ser materia de prueba: constitutivos, extintivos, convalidativos e invalidativos[60].

Siempre en la línea del ejemplo propuesto, las categorías serían las siguientes:

hecho constitutivo: el préstamo;

hecho extintivo: el pago;

hecho invalidativo: la falta de facultades del mandatario;

hecho convalidativo: la ratificación;

nuevo hecho invalidativo: la declaración de incapacidad; y así sucesivamente.

La extensión natural del precepto legal sería, pues, la de hacer gravitar la carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos sobre aquel de los litigantes a quien la existencia de esos hechos conviene. En cuanto a la carga de la prueba de los otros tipos de hechos, los extintivos y los invalidativos, se pondría sobre aquel litigante al que los hechos constitutivos y convalidativos perjudican[61].

[60] Así, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 456, § 187.

[61] Uno de los casos más frecuentes, en los últimos tiempos, de aplicación de este principio es el que configura como hecho constitutivo de la obligación el despido del empleado, y extintivo, la notoria mala conducta del mismo. No es éste,

157. LA CARGA DE PROBAR LAS AFIRMACIONES Y NEGACIONES.

Pero este sistema, apto para el derecho de las obligaciones, no lo es totalmente frente a la prueba de los hechos y actos jurídicos.

Es menester, en consecuencia, acudir al segundo principio arriba expuesto: tanto el actor como el reo prueban sus respectivas afirmaciones.

La carga de la prueba se reparte entonces entre ambos litigantes, porque ambos deben deparar al magistrado la convicción de la verdad de cuanto dicen. Los hechos no probados se tienen por no existentes, ya que no existe normalmente, en el juicio civil dispositivo, otro medio de convicción que la prueba suministrada por las partes. El juez realiza a expensas de la prueba producida, una especie de reconstrucción de los hechos, descartando aquellos que no han sido objeto de demostración; y sobre ellos aplica el derecho.

La más importante de las aplicaciones del principio enunciado, consiste en disminuír el valor del antiguo precepto de que la prueba incumbe al que dice y no al que niega.

Tanto la doctrina[62] como la jurisprudencia[63] han superado la complicada construcción del derecho intermedio acerca de la prueba de los hechos negativos. Ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones. Cuando nuestras leyes hablan[64] de que si el reo *afirmase* alguna cosa tiene

---

como se dice habitualmente, un caso de inversión de la carga de la prueba, sino de aplicación de sus principios. Así, "Rev. D. L.", t. 1, p. 52; t. 1, p. 115; t. 1, p. 163; t. 3, p. 53; t. 3, p. 303; "L. J. U.", t. 10, n. 1825; t. 13, n. 2259; t. 19, n. 2992; t. 20, n. 3038.

[62] LESSONA, *Teoría de las pruebas*, t. 1, p. 176; BONNIER, *Pruebas*, t. 1, p. 36; GALLINAL, *Pruebas*, p. 75; FERNÁNDEZ, *Código*, p. 130; MARTÍNEZ SILVA, *Pruebas judiciales*, cit., p. 36.

[63] Para la jurisprudencia, "L. J. U.", t. 2, nº 438; t. 10, nº 2703; t. 11, nº 1415; t. 12, nº 2046; t. 13, nº 2200; "Jur. A. S.", t. 9, caso 2433.

[64] Uruguay, art. 329; Buenos Aires, 116; Bolivia, 160; Colombia, 595; Ecuador, 114; México, 282, D. F.; 82, Fed., en parte.

el deber de probarla, establecen una regla para el caso de que las proposiciones se expongan en forma asertiva; pero nada establecen para el caso inverso, en que las proposiciones se hayan formulado en forma de negación. Y ninguna razón lógica ni jurídica hace que el silencio deba interpretarse como relevo de la prueba respectiva.

La jurisprudencia es indulgente con los que tienen que probar hechos negativos, comprendiendo las dificultades inherentes a esa situación. Ha construído para ellos la doctrina de las llamadas *pruebas leviores*[65] y sostenido que para el caso de prueba muy difícil (*difficilioris probationis*) los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos[66]. Ha acudido, asimismo, muchas veces, al criterio de la normalidad, ya aludido[67], para relevar de las dificultades probatorias, frente a ciertas proposiciones negativas de ardua demostración, al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo. Pero esas soluciones no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos, tanto como los expresados en forma afirmativa, son objeto de prueba. Además, como las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar librada a la incertidumbre de la fórmula, la suerte de la carga probatoria[68]. Admitir tal solución, significaría entregar a la voluntad de la parte y no a la ley, la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal.

El cúmulo de vacilaciones, de incertidumbres y de dudas que durante años nos ha asaltado en esta materia, culminó un día ante la necesidad de darle la forma de

[65] LESSONA, *Teoría de las pruebas*, t. 1, p. 375.

[66] "Rev. C. E. D.", t. 1 (año 1927), p. 696; "L. J. U.", t. 20, nº 3039; t. 30, p. 257, en casos de prueba de servicios médicos.

[67] *Supra*, nº 149.

[68] La perplejidad la revela PONTES DE MIRANDA, *Comentarios*, t. 2, p. 153, así: "*Murió*, es decir, *No vive más*; *No murió*, es decir *No (no vive más)*, o *No* [no *(no vive más)*]; ¿cuál de ellas afirma o niega? Rosa blanca, rosa roja: ¿cuál es la negativa? Si A propone acción declarativa de la no-existencia de determinada relación jurídica, ¿afirma o niega?".

un texto de derecho positivo. Su resultado fue el art. 133 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente: "Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes, los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente (las reglas de la sana crítica) las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba".

§ 4. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

158. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.

A esta altura del presente desarrollo, corresponde dar respuesta a la pregunta *¿cómo se prueba?*

Se concibe, en un sentido lógico, que toda la actividad que desarrollan en el juicio las partes y el juez, se realice de manera libre, es decir, como una aportación de pruebas absolutamente abierta en cuanto a su forma y desenvolvimiento. Pero también se concibe que, por el contrario, la prueba sea reglamentada otorgando tan sólo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal.

Como nuestro derecho se ha pronunciado por esta última solución, el tema del procedimiento de la prueba consiste, pues, en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida.

En este sentido el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las

pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc., constituye el tema general del procedimiento probatorio. Por otro lado, el funcionamiento de cada medio de prueba, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc., constituye el aspecto particular del problema.

Dadas las modalidades de procedimiento que caracterizan a cada medio de prueba, cuya importancia es muy considerable pero cuyo desarrollo requeriría más espacio que el que corresponde a este libro, debe prescindirse de ellas en este trabajo.

Se estudiarán, en cambio, a título de problemas generales del procedimiento probatorio, en primer término, las oportunidades en que la prueba se solicita y se produce; y en segundo, las características generales de dicho procedimiento.

Los instantes que, en el trascurso del juicio, se refieren a la actividad probatoria son tres: el *ofrecimiento*, el *petitorio* y el *diligenciamiento*.

159. OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA.

El *ofrecimiento* de prueba es, en nuestro derecho, un anuncio de carácter formal: no se admitirá prueba, dice la ley, en ningún caso sobre lo principal del asunto, de hechos que no se hayan articulado y cuya prueba *no se haya ofrecido* en la demanda y su contestación, o en la réplica y dúplica, en las causas que se sustancien en dos escritos[69]. Los litigantes afirman los hechos y anuncian su propósito de demostrar la verdad de éstos. No existe para tal actitud una fórmula sacramental. El requisito queda satisfecho con las simples

[69] Uruguay, art. 331; Bolivia, 162

palabras: "ofrezco prueba", consignadas en los escritos de demanda o de contestación. Sin embargo, la jurisprudencia es indulgente en la aplicación del precepto arriba enunciado, otorgando el beneficio de la prueba toda vez que, aun cuando el ofrecimiento no se haya hecho en términos expresos, sea inequívoca la voluntad de probar un hecho[70].

Una orientación de esa índole se justifica plenamente. Sería incurrir en un excesivo formalismo requerir palabras expresas para una actividad que consiste especialmente en satisfacer una carga prevista de antemano en la ley. Y sería, además, constituír una suposición absolutamente ilógica, la de admitir que el litigante que afirma sus hechos sin ofrecer formalmente su prueba, lo hace en la actitud suicida de privarse de su demostración, sabiendo, o debiendo saber, que eso equivale a que no se reconozca la exactitud de aquéllos.

Basta, pues, que exista, en el contexto de los escritos respectivos, el ánimo de deparar al magistrado la convicción de la verdad de cuanto se afirma, para que el ofrecimiento de prueba se tenga por formulado.

Por lo demás, aun en el supuesto, más teórico que real, de que la omisión fuera absoluta, siempre serían de aplicación los principios ya consignados por virtud de los cuales es admisible en todo caso a un litigante la contraprueba de las proposiciones de su adversario[71].

160. PETITORIOS DE PRUEBA.

El segundo momento de la prueba es el del *petitorio*.

El petitorio o solicitud de admisión de uno o varios medios de prueba, responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez. Éste es

[70] Así, "Rev. D. J. A.", t. 10, p. 280. "Jur. A. S.", t. 6, caso 1685. Asimismo, véase en "Rev. D. J. A." la opinión publicada en el t. 6, p. 329. En sentido contrario, el escrito publicado en el t. 10, p. 316.

[71] *Supra*, nº 146.

el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado. Es a él a quien se formulan las respectivas solicitudes y él quien ordena a los agentes de su dependencia las medidas requeridas para la producción de las diversas pruebas.

Si el actor o el demandado quisieran llevar al juicio, como prueba, las declaraciones de testigos que han depuesto ante un escribano o por medio de cartas, tales pruebas así obtenidas serían, en principio, ineficaces, en razón de la prescindencia del mediador necesario que es el juez[72].

A la parte incumbe la elección de los medios idóneos para producir la prueba, dentro de los procedimientos señalados por la ley. Al juez incumbe acceder a esos petitorios, efectuando la fiscalización sobre la regularidad del procedimiento elegido para la producción de la prueba.

Esa fiscalización se refleja, especialmente, sobre las siguientes cuestiones:

a) sobre la oportunidad de la producción, dado que pueden ser rechazadas *in limine* las peticiones de prueba formuladas luego de vencido el término probatorio[73] o sin tiempo material para producirlas[74];

[72] DE MARÍA, *Declaración de testigos por carta*, en "Rev. D. J. A.", t. 11, p. 273; ANASTASI, *Declaraciones escritas extrajudiciales*, en "J. A.", t. 31, p. 197.

[73] FERNÁNDEZ, *Código*, p. 142, con amplia jurisprudencia.

[74] C. P. C., art. 344; con acopio de antecedentes, la nota *Fijación de un criterio técnico para determinar si la prueba ha sido ofrecida en tiempo*, en "Rev. D. J. A.", t. 34, p. 183. Para la jurisprudencia posterior, "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 14; "L. J. U.", 43, 101, 146, 225, 357, 380, 442, 480, 493, 545, 618, 624, 722 y 770. Posteriormente, aún, MONESTIER, *Diligencia y negligencia en la producción de la prueba*, en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 248; CANON NIETO, *Valor jurídico de diligencias probatorias realizadas fuera del término de prueba*, en "Rev. D. J. A.", t. 50, p. 94; GELSI BIDART, *Valor jurídico de diligencias probatorias realizadas fuera del término de prueba*, en la misma revista, t. 50, p. 158. Para el derecho argentino, con amplísimo y documentado desarrollo, C. COLOMBO, *De la negligencia en la producción de las pruebas*, Buenos Aires, 1942.

b) sobre la admisibilidad del medio elegido para producir la prueba[75];

c) sobre la regularidad del procedimiento utilizado para hacer llegar al juicio un determinado medio de prueba, pues aunque el medio de prueba utilizado sea idóneo (documentos, testigos, pericia, etc.), pueden no serlo las formas utilizadas para hacer llegar esos medios probatorios al expediente.

No existe, en cambio, como se ha visto, una verificación *in limine* sobre la conveniencia o utilidad de las pruebas pedidas. Esa fiscalización no se efectúa en el momento del petitorio, sino en el momento de la sentencia[76].

161. DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA.

El tercer momento de la prueba es el *diligenciamiento.*

Formulada la solicitud por la parte y accedido el petitorio por el magistrado, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al expediente.

El diligenciamiento de la prueba de testigos consiste en señalar día y hora para la recepción de las declaraciones, comunicar esas circunstancias al adversario, citar al testigo, recibir su declaración registrándola en un acta, incorporar materialmente esa acta al expediente, etc. El diligenciamiento de la prueba de peritos consiste en la forma de convocar a las partes para una audiencia, proceder a la designación de los técnicos, señalar los puntos de decisión, recabar la aceptación de los peritos designados, y así sucesivamente, llevar adelante el conjunto de trámites y formas requeridas para

[75] *Supra*, nº 151.

[76] Esta solución está erizada de dificultades y crea el problema tan frecuente que hemos examinado en la nota *Los incidentes de la prueba y la suspensión del término*, publ. en "Rev. D. J. A.", t. 49, p. 30.

la incorporación de ese medio de prueba al juicio. De la misma manera ocurre con los documentos, con la confesión, con la inspección judicial, con el juramento.

Si se deseara dar un concepto general de esta fase del procedimiento probatorio, podría resumirse diciendo que el diligenciamiento de una prueba consiste en el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.

162. CARACTERES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

El procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario.

Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con ingerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar[77].

La facultad de fiscalizar la prueba del adversario se cumple a lo largo de todo el proceso de incorporación de ella al juicio. Por regla general, un medio de prueba es comunicado a la parte contraria inmediatamente después de formulado el petitorio; continúa la fiscalización durante el diligenciamiento, como cuando se permite a las partes presenciar las declaraciones de los testigos, o la confesión del adversario o el examen de los

[77] Uruguay, art. 206; Cap. Fed., 124; Bolivia, ley 27 octubre 1904, art. 4; Chile, 146; Colombia, 597; Costa Rica, 243; Ecuador, 121; España, 570, 574 y 575; México, 80, Fed.; Paraguay, 125; Perú, 345; Venezuela, 289 y 291.

peritos; y se prolonga aún luego de incorporado el medio de prueba al juicio, mediante los procedimientos legales de impugnación: falsedad del documento, tacha de testigos, aclaración de los peritos, etc.

El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo. Su infracción se sanciona en algunos textos legales[78] con la nulidad de la prueba. Pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión[79].

163. CARACTERES PARTICULARES DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Además de los caracteres generales, inherentes al formulismo común a todos los medios de prueba, existen caracteres particulares del procedimiento de cada uno de los medios de prueba.

Basta analizar los elementos esenciales de cada uno de los medios probatorios de que pueden servirse las partes, para advertir que sus modalidades propias exigen formas especiales de fiscalización.

No son los mismos los procedimientos que pueden hacerse valer en los medios de prueba directa, como la inspección judicial, que en aquellos casos en los cuales la prueba se obtiene por representación mediante objetos (documentos) o mediante relatos (testigos, confesión, juramento). Los poderes de fiscalización de que ya se ha hablado, se ejercen de diferentes maneras en uno y otro caso, porque también diferentes son los riesgos y la eficacia de cada uno de esos medios de prueba.

En cuanto al análisis de las características particulares de cada medio de prueba, de la misma manera que

[78] Uruguay, art. 676; Perú, 1085. Una acertada aplicación en la jurisprudencia, se registra en "L. J. U.", t. 5, caso 1081.

[79] "Jur. A. S.", t. 2932.

los pormenores del término probatorio, se hallan, como ya se ha dicho, fuera de los límites de este libro.

164. Pruebas producidas en otro juicio.

La consecuencia práctica más significativa dentro de este tema, es la que surge cuando se trata de juzgar las pruebas producidas en otro juicio y en especial las producidas en juicio penal cuyas consecuencias patrimoniales se hacen efectivas en el juicio civil.

La jurisprudencia no es firme en ninguno de esos dos problemas. Se sostiene, por un lado, que las pruebas producidas en un juicio civil no son válidas para otro en el que sean partes los mismos u otros litigantes; pero, por otro lado, se da validez a esas mismas pruebas, y puede apoyarse en ellas la sentencia del juicio subsiguiente.

En cuanto al juicio penal, las contradicciones son semejantes, pronunciándose la doctrina y la jurisprudencia indistintamente en el sentido de la ineficacia o en el de la validez[80].

Pero el problema no es tanto un problema de formas de la prueba, como un problema de garantías del contradictorio.

Las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías, son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven

[80] De María, en "Rev. D. J. A.", t. 34, p. 40. Nota en "J. A.", t. 1, p. 682. Ampliamente sobre el tema y con gran acopio de antecedentes, Di Serego, *Le prove penali nel giudizio civile*, en "Riv. D. P. C.", 1930, II, p. 163. También nuestra nota de jurisprudencia sobre el mismo tema, en "Rev. D. J. A.", t. 44, p. 51.

a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (*objeto* en el sentido que ya se ha asignado a este concepto[81]) en el juicio anterior.

De la misma manera, las pruebas del juicio penal pueden ser válidas en el juicio civil, si en el proceso criminal la parte tuvo oportunidad de ejercitar contra esas pruebas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal consentía. En todo caso, si esas garantías fueran menores que las del juicio civil en que se hacen valer, esas pruebas son *praesumptio hominis,* que el juez apreciará razonablemente en el nuevo juicio[82].

El debate sobre la identidad y diferencias estructurales entre la prueba civil y penal[83] no aporta a este problema consecuencias fundamentales. Lo que en este punto se trata de dilucidar no es tanto un problema de métodos prácticos de obtención, como una cuestión de garantía. Lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar al juicio pruebas que hayan sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudican. Más que una conclusión unánime, caben en este caso conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción[84]. Y aun en el caso de que se admitan sin más eficacia que la de sim-

[81] *Supra,* nos. 139 y ss. Pero conviene anticipar que, aun cuando las pruebas se consideren válidas, no basta la demostración de ellas mediante la simple agregación de la sentencia dictada en el juicio anterior y que se refiere a dichas pruebas. La sentencia por sí sola no prueba los hechos admitidos. Deben agregarse las piezas del proceso anterior o su testimonio.

[82] DE MARÍA, *op. cit.*, p. 40, aunque sin la distinción que aquí se formula.

[83] FLORIAN, *Prove penali,* Milano, 1924; ídem, *Le due prove,* en "Riv. D. P. C.", 1926, I, p. 221; CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali,* en "Riv. D. P. C.", 1925, I, p. 3; últimamente, FORNATTI, *Proceso civil y proceso penal,* en "La Ley", t. 63, p. 918.

[84] Aplicación de este principio, en "L. J. U.", t. 12, nº 2022.

ples presunciones de hombre, en todo caso las posibilidades de fiscalización deben ser tenidas en cuenta por el magistrado, llamado a actuar en el nuevo juicio.

§ 5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA *

165. Concepto de valoración.

El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?

Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.

Pero ese tema de la determinación de la eficacia concreta de la prueba es, a su vez, tan amplio, que reclama un desdoblamiento de las diversas cuestiones que en él van implícitas. Se hace necesario. entonces, abordar varios puntos.

Tales son, principalmente, los relativos a la determinación de la naturaleza jurídica de las normas que

* BIBLIOGRAFÍA: Alcalá Zamora y Castillo, *Sistema y criterios para la apreciación de la prueba*, en "Rev. D. J. A.", t. 43, p. 33; Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937. Por nuestra parte hemos destinado al tema el estudio *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en "J. A.", t. 71, sec. doct., p. 80; en "Rev. D. J. A.", t. 38, p. 296, y reelaborado luego para *Pruebas en materia civil*, en *Estudios*, t. 2, p. 181; De Pina, en "Anales de Jurisprudencia", México, t. 52, p. 565; Gorphe, *La critique du témoignage*, 2ª ed., Paris, 1927; ídem, *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947; Moreno, *La sana crítica en las testificaciones civiles*, La Plata, 1905; Porto - Carrero, *Psicologia judiciaria*, Río de Janeiro, 1932; Silvera, *Sentido y alcance de la libre convicción en el proceso civil*, en "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 257; Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893; Wigmore, *The science of judicial proof*, 3ª ed., Boston, 1937.

regulan la apreciación de la prueba; la disponibilidad de los medios de prueba; la ordenación lógica de los medios de prueba y los diversos sistemas de valoración.

Trataremos de examinarlos sucesivamente.

166. Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de la prueba.

La doctrina ha considerado más de una vez, que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal, sino de derecho material, ya que ellas fijan la suerte del derecho de las partes interesadas, aun con anterioridad al proceso.

Ha llegado a afirmarse[85] que la tradición de los países latinos era la de considerar las formas de la prueba como una cuestión de derecho procesal y su valor o eficacia como una cuestión de derecho sustancial, a diferencia de los países sajones, en los cuales la orientación es la de dar carácter procesal a todos los temas de la prueba. Sin embargo, la tendencia más reciente es la de adjudicar carácter procesal, aun en la doctrina latina, no sólo al tema de la forma sino también al de la eficacia de los medios de prueba[86].

La razón que se da habitualmente en favor de la tesis de que los temas de la eficacia de la prueba son de derecho material y no de derecho procesal, radica en la supuesta exigencia de la estabilidad de las convenciones, en la necesidad de contar de antemano con una prueba preconstituída y de la eficacia *a priori* de ciertos negocios jurídicos[87]. Se procura, asimismo, llegar a la consecuencia de que la eficacia de la prueba queda fuera del prin-

[85] FADDA y BENSA, notas a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, t. 1, p. 1201, nota al § 123.

[86] Véase, como resumen, el informe al Congreso de La Haya de 1937, de LIEBMAN y CHIOVENDA, *Examen comparativo de las pruebas*, en "Rev. D. J. A.", t. 37, p. 65.

[87] Así GARSONNET y CÉZAR-BRU, *Traité*, t. 2, p. 362.

cipio de aplicación inmediata, que es característico de las leyes procesales[88].

Un estudio, ya famoso[89], ha dejado hace algún tiempo dilucidado este problema con claridad.

La tesis de que la teoría de la eficacia de la prueba pertenece al derecho civil, corresponde a una concepción privatista del proceso. Pero esa tesis, que mira el problema desde el punto de vista de las partes, olvida que la prueba es tanto como una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del juez. En todo el panorama de la prueba, lo que prevalece es la figura del magistrado. Él decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria, en consideración al interés general por los fines mismos del derecho[90]. El principio de la estabilidad de las convenciones no se compromete por el hecho de que las leyes procesales regulen la eficacia de la prueba y, por el contrario, en mucho se beneficia al dar al juez las facultades que le asignan las leyes procesales para apreciar con toda amplitud la eficacia de los diversos medios de prueba.

Es claro que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos *a modo de solemnidad*, esa norma no se apoya solamente en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica. Pero también cuando por razones de política jurídica el legislador instituye determinado medio de prueba (la identificación dactiloscópica; el análisis de los grupos

[88] Sobre este problema, ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, t. 2, p. 685; GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, t. 4, p. 472; COUTURE, *Curso sobre el C. O. T.*, t. 1, p. 22.

[89] CHIOVENDA, *Sulla natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia delle leggi processuali nel tempo*, en *Saggi*, t. 1, ps. 241 y ss.; traducción española, t. 1, p. 393. También *Istituzioni*, t. 1, p. 81. Posteriormente, CARNELUTTI, *Sistema*, t. 1, p. 675; REDENTI, *Profili*, p. 454; ANDRIOLI, *Prova*, p. 818.

[90] En este sentido, "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 150.

sanguíneos) o excluye otros (el juramento en los contratos; la confesión en el divorcio; etc.), lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio. No tiene, entonces, ningún apoyo real, la suposición de que un medio de prueba descartado por el legislador, por considerarlo peligroso o inadaptado a las nuevas exigencias sociales, continúe aún obligando al juez en su examen de la verdad de los hechos pasados. El magistrado no puede decidir los casos ocurridos bajo el imperio de la ley antigua, aplicando principios e institutos probatorios considerados como inadaptables o peligrosos. Y de la misma manera, sería ilógico que se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituído para demostrarlo.

El carácter procesal de las normas relativas a la eficacia y valoración de la prueba aparece tanto más evidente cuanto más se reflexiona sobre él. Sólo son de derecho sustancial las solemnidades instituídas para la validez de ciertos actos. Pero esa circunstancia no autoriza a suponer que el juez pueda quedar indefinidamente atado a institutos impropios, a pretexto de que ellos regían en el tiempo en que se celebraron las convenciones u ocurrieron los hechos o actos jurídicos que dan origen al conflicto.

167. DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Los textos legales[91] enumeran habitualmente los medios de prueba: instrumentos, testigos, confesión, juramento, inspección judicial, dictamen pericial y presunciones.

El problema consiste en saber si esas pruebas pue-

[91] Uruguay, art. 349; Cap. Fed., 125 y ss.; Bolivia, 176; Chile, 155; Colombia, 593; Cuba, 557; Ecuador, 123; España, 578; México (D. F.), 93; Paraguay, 126 y ss.; Perú, 347; Venezuela, 288.

den ser ampliadas con otras que no han sido objeto de previsión especial, pero que, respondiendo a conquistas de la ciencia, brindan día a día nuevas posibilidades de investigación frente a los hechos controvertidos.

La disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida.

Por un lado, se ha sostenido que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad[92]. Pero frente a esa conclusión, no apoyada en razones convincentes, se puede comprobar que los repertorios de jurisprudencia se llenan día a día de antecedentes que reflejan la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil o procesal. La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos[93], el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad[94], la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de trasmisión radio-

[92] Así RICCI, *Delle prove*, p. 2; GUSMAO, *Processo civil e commercial*, São Paulo, 1935, t. 2, p. 46.

[93] Aunque la jurisprudencia es contradictoria, puede verse en sentido favorable, "J. A.", t. 15, p. 233; "La Ley", t. 6, p. 116. Para la doctrina en contra, ALFREDO ORGAZ, *La impresión digital en los documentos privados*, en "Revista del Colegio de Abogados", Bs. Aires, abril-mayo 1936. Con reservas, IBARGUREN, *Firma. Impresión digital*, en "Boletín del Comité de Abogados de los Bancos de la Capital Federal", 1937, p. 167. Ampliamente, DÍAZ DE GUIJARRO, *La impresión digital en los documentos privados no firmados*, en "J. A.", t. 50, p. 85; ACUÑA ANZORENA, *Efectos jurídicos de la impresión digital en los documentos privados*, en "La Ley", t. 23, p. 904.

[94] Así en "L. J. U.", t. 1, casos 3, 28 y 110; t. 2, caso 327; t. 3, casos 527, 716 y 730; t. 12, caso 2035; "Rev. D. J. A.", t. 41, ps. 72 y 106, con nota de SCALTRITTI; "Jur. A. S.", t. 62, nº 12.965. Para la doctrina nacional, CARNELLI, *Los caracteres grupales, el derecho y la ley*, Montevideo, 1940; ídem, *La investigación técnica de la paternidad y su aplicación en el derecho*, Buenos Aires, 1938.

ta de comprobación directa o de representación, se apoyan en un sistema lógico de deducciones e inducciones.

El orden de esas tres formas de producirse la prueba es el que se pasa a enunciar.

a) En primer término, aparece la prueba directa *por percepción*. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrán de demostrarse en el juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. Así, si se tratase de un juicio por separación de los árboles próximos de la pared medianera, ninguna prueba mejor que la constituída por la inspección directa por el propio juez de los árboles y la pared que son motivo de la prueba.

Pero este medio de prueba funciona en escasas oportunidades. Un hecho es casi siempre una circunstancia pasajera, y lo normal, lo regular, es que la posibilidad de observación de ese hecho se haya perdido definitivamente cuando el juez tenga que fallar el litigio. Es necesario, entonces, acudir a los medios sustitutivos.

b) El medio sustitutivo de la percepción es *la representación*: la representación presente de un hecho ausente. La representación de los hechos se produce de dos maneras: mediante documentos que han recogido algún rastro de esos hechos, o mediante relatos, es decir, mediante una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana. Estamos, pues, en presencia de la representación mediante cosas y de la representación mediante relatos de personas.

b') La representación *mediante cosas* se realiza con la prueba instrumental. Un documento representa un hecho pasado o un estado de voluntad. Cuando el acreedor y el deudor están de acuerdo en cuanto a la cosa y al precio, y extienden su contrato de compraventa, lo que hacen es, pura y simplemente, representar en el

documento ese estado de ánimo común que se llama consentimiento. En este sentido, la prueba escrita no es otra cosa que un modo de preconstituír la prueba, en previsión de posibles discrepancias futuras[100].

b") A continuación se advierte que no todas las circunstancias pueden registrarse en documentos. El consentimiento puede frecuentemente documentarse; pero los hechos ilícitos, los delitos, los cuasidelitos, normalmente no se pueden documentar. En un accidente de tránsito, que ocurre en un abrir y cerrar de ojos, no hay documento posible. Los documentos posteriores, como el parte policial, son de relativo valor. Entonces la reconstrucción de los hechos se verifica *mediante relatos*. Esta representación mediante relatos se presenta en dos circunstancias distintas: el relato efectuado por las partes y el relato efectuado por terceros que nada tienen que ver en el juicio. Cuando la representación se efectúa por las partes mismas, se está en presencia de la confesión o del juramento. Las partes, al confesar o al jurar acerca de la verdad de un hecho, no hacen otra cosa que representar en el presente una circunstancia ausente. Y cuando la representación se produce mediante relato de terceros, de personas indiferentes, a quienes no mueve el interés, se está en presencia de la prueba de testigos.

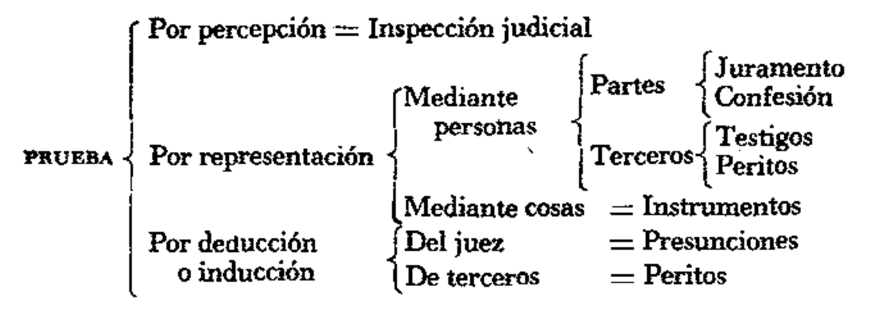
c) Queda todavía la prueba *por deducción o inducción*. Cuando hasta el relato es imposible, existe todavía la posibilidad de reconstruír los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los hechos desconocidos. Tal cosa se obtiene mediante la la-

[100] Sobre este tema, nos remitimos a cuanto hemos expuesto, con extraordinaria amplitud, en *El concepto de fe pública*, en *Estudios*, t. 2, p. 17, y en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 1; CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; ídem, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive di negozi giuridici*, en "Riv. D. P. C.", 1930, I, p. 177; ASCARELLI, *Chiarimento* (a continuación del trabajo anterior); CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, en "Riv. D. P. C.", 1926, I, p. 181; ídem, *Documento e testimonianza*, en "Riv. D. P. C.", 1930, I, p. 342.

bor del propio juez, por el sistema de las presunciones. La presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, se está en presencia del examen pericial.

Desde este punto de vista conviene anticipar que tanto las presunciones como el dictamen de los peritos, no son propiamente medios de prueba; son tan sólo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dictar una sentencia[101].

Reduciendo a un cuadro sinóptico este esquema se tiene:



169. EFICACIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La prueba se hace más incierta a medida que van penetrando entre el juez y los motivos de prueba los elementos intermediarios.

La firmeza absoluta de la inspección judicial, sin más errores que los que son connaturales a los sentidos del hombre, se debilita cuando es menester acudir a la representación o a la deducción de los hechos.

En la prueba por representación, el documento es el más eficaz, porque el intermediario queda reducido

[101] *Infra*, nos. 178 y ss.; confróntese esta exposición con la de GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice*, cit., p. 42.

tan sólo a la conversión del hecho en cosa; pero esa conversión se realiza normalmente con deliberada atención y los documentos se redactan con el propósito de que reproduzcan con la mayor exactitud posible lo que se desea representar. Menos eficaz es, en cambio, la representación mediante relatos; la representación a cargo de las partes tiene la grave falla del interés; de aquí que la representación mediante relatos a cargo de las partes sólo es creída en cuanto sea contraria a su interés y nunca cuando corra en su misma dirección. En la representación a cargo de los que no tienen interés que vicie sus declaraciones, los intermediarios disminuyen la eficacia del relato. Las visiones son imperfectas, por el tiempo trascurrido entre el hecho y el relato. Las fallas naturales de la memoria, la interferencia de otros elementos ajenos que turban el recuerdo, son otras tantas deficiencias del relato y, en el proceso escrito, los escribanos receptores de la declaración jamás pueden trasmitir, aunque se lo propongan, la versión fiel del relato.

En la prueba por deducción, la debilidad es absoluta: la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción; todo contribuye en este caso a aumentar los riesgos de la actividad probatoria.

Un examen particular de cada uno de los medios de prueba, tema que, como se ha dicho, está fuera de los propósitos de este libro, obliga a fijar con mayor exactitud la eficacia de cada una de esas situaciones. Las conclusiones concretas, aunque no se apartan fundamentalmente de lo expuesto, reclaman las puntualizaciones derivadas de ciertos textos legales que rigen la materia. Pero la regla general que conviene retener, es la de que existen variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, dependientes de la mayor o menor

proximidad del juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción.

170. DIVERSOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

La doctrina europea distingue frecuentemente entre las llamadas *pruebas legales* y las llamadas *pruebas libres*, o de libre convicción.

Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuír a determinado medio probatorio[102].

La legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales. Un rápido repaso de estos textos permite advertir de qué manera el legislador aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba. Por acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez.

Así, en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio versara sobre mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma o distinta ciudad. Si la demanda entre hombres del mismo pueblo era sobre bien mueble, debía ser probada por dos testigos del pueblo; si era sobre inmueble, se requerían cinco testigos[103]. De ellos, tres debían ser fijosdalgos y labradores los otros dos. Los fijosdalgos debían ser "desde el abuelo hasta el nieto, que se hayan de leal matrimonio, según manda la Iglesia"[104]. En el Fuero Real de España estaba excluído, por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para

[102] Sobre este tema, el excelente libro de FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.

[103] Fuero Viejo de Castilla, L. III, tít. II, párr. V.

[104] *Loc. cit.*, párr. VII. En la edición de Rivadeneyra, Madrid, 1847, se alude a un manuscrito de Velasco que añade: "*o con dos fijodalgos o tres labradores*" (t. I, p. 280).

atestiguar cosas que fueron oídas o hechas, "en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa"[105]. El Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, "porque vieron más y pasaron más las cosas". El hidalgo debe ser creído más que el villano, "pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje". El rico debe ser más creído que el pobre, "pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa". Y más creído debe ser el varón que la mujer, "porque tiene el seso más cierto y más firme"[106]. La Partida Tercera está dominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez[107]. Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número[108]. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro[109]. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos[110]. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos, y ocho si el testador fuese ciego[111], etc.

Este régimen de pruebas legales no ha sido excluído

[105] El Fuero Real de España, Lib. II, tít. VII, ley VIII. Sin embargo, la jurisprudencia ampliaba estas circunstancias, según parece surgir de Las Leyes del Estilo, ley 96. (Es sabido que estas últimas, de leyes sólo tenían el nombre, pues eran una reunión de preceptos aplicados por los jueces y armonizados luego en forma de texto único).

[106] Especulum, Lib. IV, t. VII, ley XXXII. Sin embargo, en las disposiciones del derecho civil, se contradicen estas reglas con el texto de la ley XIX.

[107] Partida III, tít. XVI, ley XL: "deue el juzgador seguir su testimonio a dar el juyzio por la parte que los traxo".

[108] *Loc. cit.* Véase la interesante glosa de GREGORIO LÓPEZ sobre este punto.

[109] Partida IV, tít. XVIII, ley CXVII.

[110] Partida III, tít. XVI, ley XXXII.

[111] Partida III, tít. XVI, ley XXXIII.

de nuestros códigos y en alguno de ellos subsiste con singular acentuación.

El principio de que el instrumento público hace plena prueba en ciertos aspectos, el de que la confesión lisa y llana también es plena prueba, el que priva de eficacia al testigo singular, son otras tantas supervivencias de una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.

171. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.

Pero al lado de esa posibilidad de apreciar la prueba, los países que han tomado para su codificación el modelo de la ley española de 1855, han consagrado un agudo principio en materia de interpretación de la prueba testimonial: el de las reglas de la sana crítica[112].

Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina[113], de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba[114].

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión

[112] Uruguay, art. 403; Buenos Aires, 219; Cap. Fed., 204; Córdoba, 330; San Luis, 319; Mendoza, 343; ley 50, art. 124.

[113] GORPHE, *La critique du témoignage*, 2ª ed., París, 1927, p. 34.

[114] Sobre todo este tema nos remitimos a cuanto hemos expuesto, con mucho mayor amplitud, en *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en *Estudios*, cit., t. 2. Posteriormente, VIANA, *A liberdade de prova em materia penal*, Belo Horizonte, 1955.

en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

172. Sana crítica y lógica.

Las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluído, de falta de razón suficiente o el de contradicción.

Pero es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia.

La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad.

El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

173. SANA CRÍTICA Y EXPERIENCIA.

Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.

El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida.

Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar[115].

[115] COSSIO, *La valoración jurídica*..., p. 25. Para la distinción entre el *a priori* y lo empírico en la experiencia jurídica, también COSSIO, *La plenitud del orden jurídico*, Buenos Aires, 1939, p. 195. Asimismo, NIETO ARTETA, *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, p. 152, en "Universidad", Santa Fe, diciembre de 1941.

Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.

174. LA LIBRE CONVICCIÓN.

En cuanto a *la libre convicción*, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Así, en nuestro derecho, este tipo de crítica probatoria aparece consagrado en forma expresa en los casos de delito de proxenetismo, frente a cierta materia política, o en casos de arrendamiento[116], donde las dificultades de la prueba son poco menos que insuperables. Aun a falta de prueba existente en la causa, y aun en contra de la que haya podido ser recogida, el juez puede declarar probados los hechos que constituyen, por ejemplo, el delito de proxenetismo, si del trato personal con el acusado o con la mujer que es su víctima o por hechos

[116] El art. 4 de la ley uruguaya 5520 establece que el juez decidirá "de acuerdo con su conciencia, pudiendo considerar prueba bastante la información de la policía". El art. 8 de la ley 8080 agrega: "los jueces, al pronunciar un fallo lo harán con libertad absoluta para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto". Sobre toda esta legislación y en especial sobre este problema, ALBANELL MAC COLL, *Legislación sobre proxenetismo y delitos afines*, Montevideo, 1932, p. 109. El mismo concepto de "libre convicción" ha vuelto a aparecer en el derecho uruguayo, en la ley 10.650, del 14 setiembre 1945, que autoriza a un tribunal especial a apreciar por libre convicción los móviles políticos o no políticos de la destitución de determinados funcionarios públicos. También aparece en la ley del 16 diciembre 1943, sobre arrendamientos, art. 10.

que él mismo ha percibido fuera del proceso, adquiere una convicción moral de que existe el delito.

La libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida[117]. Las presunciones judiciales son sana crítica y no libre convicción, ya que ellas deben necesariamente apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones; deben, además, encadenarse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado admitido. La libre convicción, en cambio, no tiene por qué apoyarse en hechos probados: puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aun por su saber privado; no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada *a posteriori*; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida[118].

La doctrina europea acostumbra llamar *libre convicción* a un método especial de análisis de la prueba que no coincide con el que aquí se denomina de tal manera. Es más bien una cuestión de exactitud en el léxico, que de conceptos fundamentales. Cuando en el derecho europeo se habla de *discrecionalidad* en el juez, tanto en la admisión como en la interpretación de la prueba, no se piensa tanto en un régimen dentro del cual el magistrado puede actuar aun contra la prueba de autos, sino más bien en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal. La libertad de apreciación no es un mero arbitrio, sino un margen mayor de amplitud que el que es habitual en el sistema de nuestros países;

[117] En este sentido, erróneamente, "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 43, a cuyo pie hemos escrito la nota *Pruebas legales, sana crítica y libre convicción*, y t. 41, p. 177. Correctamente, en cambio, "L. J. U.", 2329 y 2481.

[118] BAÑOS, *La apreciación de la prueba en el derecho laboral. El juicio en conciencia*, Buenos Aires, 1954, distingue, yendo aún más lejos, las libres convicciones y "la libérrima convicción".

pero se halla, en todo caso, gobernado por ciertas normas lógicas y empíricas, que deben también exponerse en los fundamentos de la sentencia[119].

Pero en nuestros países, el concepto de libre convicción debe reservarse para expresar, conforme a su verdadero sentido, una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo; prueba hallada fuera de autos; saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar; etc.). El caso de la legislación de proxenetismo, arriba citado, configura, ése sí, un caso efectivo de libre convicción. El jurado también, al no tener que motivar su veredicto, emite un parecer de libre convicción.

Por eso algunas legislaciones recientes que han consagrado el principio de la libre convicción en el proceso civil[120], han tenido necesidad de limitar, mediante otras disposiciones, la supuesta libertad consagrada en principio. El sistema de la libre convicción llevado hasta sus últimos límites, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el del derecho libre preconizado para la interpretación de la ley[121].

175. Excelencia del concepto de reglas de la sana crítica.

El sistema de libre convicción es sólo adaptable a ciertas materias muy especiales, o al jurado popular. No parece ser aplicable al proceso civil. Digamos, sin

[119] Para la doctrina alemana reciente, Schönke, *Zivilprozessrecht*, p. 37, nº 4. Antes, Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 90. Para la doctrina italiana, Raselli, *Il potere discrezionale del giudice*, t. 1, p. 206; Calamandrei, *Genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, t. 1, p. 12; Pavanini, *Massime di esperienza...*, cit., p. 259, nota 2. Para la doctrina francesa, Gorphe, *La critique du témoignage*, p. 28. En la doctrina española, Prieto Castro, *Exposición*, que habla de "libre apreciación de la prueba", no obstante existir en sus leyes el concepto de sana crítica. En la doctrina americana, Silveira, *Sentido y alcance de la libre convicción en el Código de Proceso Civil*, en "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 257.

[120] Brasil, art. 118; Córdoba, 290.

[121] Cossio, *La valoración jurídica...*, p. 22.

embargo, que en los Estados Unidos se aplica sin que se perciba reacción importante contra él.

La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías.

La superioridad de un método de esta índole sobre los restantes, es indudable. Salvo los casos de excepción, que, como queda dicho, deben ser reservados para aquel tipo especial de conflictos en los cuales la prueba huye del juez de tal manera que borra hasta los rastros del hecho, el método de la sana crítica satisface plenamente las exigencias del proceso civil moderno.

Tal como lo hemos expresado oportunamente, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil no sólo hemos aplicado el concepto de sana crítica a la valoración de todos los medios de prueba, sino también a la carga de la prueba.

CAPÍTULO IV

LA SENTENCIA*

176. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El vocablo sentencia sirve para denotar, a un mismo tiempo, un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna.

Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida.

El estudio de este tema constituye, conjuntamente con los inicialmente examinados de la acción y de la excepción, la base sobre la que asienta la ciencia del proceso. En cierto modo, las conclusiones a que se llegue en esta materia no sólo significan debatir el tema de

* **BIBLIOGRAFÍA**: ARAGONESES ALONSO, *Método para dictar sentencias y demás resoluciones judiciales*, Madrid, 1951; CASTÁN TOBEÑAS, *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del derecho*, Murcia, 1946; GALLINAL, *De las sentencias*, Montevideo, 1922; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903; LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, en el "Nuovo Digesto Italiano", t. 12, p. 45; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935; MERCADER, *La ley y la sentencia. Sus relaciones*, en "J. A.", 1944-III, p. 630; MORETTI, *La sentencia extranjera*, en "La Ley", t. 15, sec. doct., p. 84; REICHEL, *La ley y la sentencia*, trad. esp. de Miñana, Madrid, 1921; RIVAROLA, *Clasificación de las sentencias civiles*, en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 74; ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, trad. esp. de Ovejero, Madrid, sin fecha

la sentencia en sí misma, sino también el tema de la jurisdicción. El contenido y la función de la sentencia son el contenido y la función de la jurisdicción.

Trataremos, pues, de examinar este tema con cierta amplitud, exponiendo los conceptos fundamentales que dicen relación, en primer término, con la forma de la sentencia; y luego, con su contenido.

§ 1. FORMA DE LA SENTENCIA

177. LA SENTENCIA COMO HECHO JURÍDICO.

Para examinar este aspecto del tema, antes que analizar la sentencia *como acto*, podemos contemplarla con prescindencia de la voluntad jurídica que le infunde vida, y tratar de determinar lo que la sentencia tiene como simple *hecho jurídico.*

Se dice que la sentencia es un hecho, porque un hecho es todo fenómeno, resultante de una actividad del hombre o de la naturaleza[1].

La actividad del hombre, en este caso el juez, consiste en una serie de actitudes personales que le son impuestas por deber profesional y que él cumple en el desempeño de su misión oficial. Esas actitudes pueden ser examinadas a través de sus apariencias exteriores, con prescindencia de su contenido. Desde ese punto de vista, en su puro aspecto externo de actividad humana, como simple hecho, en nada difiere la sentencia justa de la sentencia injusta, la sentencia que abre rumbos a la jurisprudencia de la que sigue la rutina anterior. En este primer sentido que aquí se señala, la sentencia es considerada tan sólo como un hecho humano.

[1] CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, en "Riv. D. P. C.", 1932, I, p. 15; CRISTOFOLINI, *Efficacia della sentenza nel tempo*, en "Riv. D. P. C.", 1935, I, p. 293; SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, en "Riv. D. P. C.", 1934, I, p. 251; AGUIAR, *La voluntad jurídica*, Buenos Aires, 1924, p. 10.

Por supuesto que nunca será posible desprender en absoluto la sentencia de la voluntad jurídica que le da vida, puesto que la sentencia es, por excelencia, un hecho voluntario y, en consecuencia, un acto jurídico.

Pero ocurre que, en más de una oportunidad, el derecho debe remitirse a la sentencia tan sólo en cuanto acaecimiento, simple hecho, con prescindencia de su contenido y de la voluntad jurídica.

Así, por ejemplo, en ciertas legislaciones como la nuestra, es nula la sentencia dictada fuera del término legal[2]. En esos casos lo que interesa no es tanto la sentencia en cuanto acto como en cuanto hecho. La nulidad no deriva de los vicios del acto jurídico, sino del acaecimiento en sí mismo, de la circunstancia de haberse cumplido el hecho jurídico dentro o fuera del término legal.

Sin embargo, la circunstancia de que en más de una oportunidad la sentencia tenga algún valor como hecho jurídico, no puede hacer perder de vista, para mantener la justa proporción de las cosas, que el real valor de la sentencia deriva, sustancialmente, de su calidad de acto jurídico.

Analizaremos esta calidad a continuación.

A) *La forma del acto*

178. La sentencia como acto jurídico.

La sentencia es en sí misma un juicio; una operación de carácter crítico. El juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (o eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia. Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia.

[2] Así, "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 5.

Durante mucho tiempo, la doctrina ha concebido al fallo como el resultado de un cotejo entre la premisa mayor (la ley) y la premisa menor (el caso). El razonamiento es el siguiente: "si la ley dice que el prestatario debe restituír el préstamo al prestamista, y Juan es prestatario y Pedro prestamista, la conclusión lógica es la de que Juan debe restituír el préstamo a Pedro". Dentro de este esquema, se desenvuelve la génesis lógica en la concepción tradicional y aun dominante en esta materia[3].

Sin embargo, esta concepción pierde diariamente terreno frente a la doctrina más reciente que se resiste a ver en la sentencia una pura operación lógica y en el juez "un sér inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley", según el apotegma de MONTESQUIEU.

La sentencia tiene, sin duda, una lógica que le es particular y que no puede hallarse ausente de ella. Pero el proceso intelectual de la sentencia no es una pura operación lógica, porque hay en ella muchas otras circunstancias ajenas al simple silogismo.

Un análisis de ese proceso de formación de la sentencia a través del mundo intelectual y moral del magistrado, permite plegarse a la conclusión anotada. Es lo que se trata de hacer en el análisis siguiente.

179. EXAMEN "PRIMA FACIE" DEL CASO A DECIDIR.

Una primera operación mental del juez, derivada de los términos mismos de la demanda, consiste en de-

[3] En este sentido, CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, t. 1, p. 1; pero en su reciente libro *Processo e democrazia*, cit., p. 59, este escritor revela su escepticismo respecto de sus antiguas concepciones; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937; REICHEL, *La ley y la sentencia*, trad. esp., Madrid, 1921; WALDER, *Grundlage jeder Rechtsfindung*, 1928. Últimamente CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, en "Riv. D. P.", 1950, I, p. 1.

terminar la significación extrínseca del caso que se le propone.

Se trata de saber si, en primer plano de examen, la pretensión debe ser acogida o rechazada.

Así, por ejemplo, si la demanda solicitara el divorcio vincular en una legislación que no consagrara la disolución del matrimonio, tal pretensión debe ser rechazada sin entrar al análisis de los hechos. Si la demanda solicita la quiebra de una sociedad anónima en un régimen como el de nuestro país en el cual esa quiebra no existe, no es necesario entrar a determinar el alcance de los hechos que constituyen la cesación de pagos, porque la demanda está privada de fundamento desde el primer instante, en su más simple planteamiento jurídico. Muchos otros ejemplos podrían ponerse con alcance semejante.

Teniendo en cuenta esta primera consideración del problema, se ha afirmado que la fase jurídica del tema a decidir, es lógicamente anterior a la fase de hechos. Una apreciación extrínseca, *prima facie*, de la cuestión en su aspecto jurídico, debe encabezar el conjunto de operaciones intelectuales del juez.

Pero en verdad, esta apreciación extrínseca del problema no siempre se resuelve en una pura cuestión de derecho. La existencia del matrimonio o de la sociedad anónima, en los dos ejemplos propuestos, son hechos lógicamente anteriores a la apreciación jurídica de la demanda. Sin matrimonio, el juez no tiene por qué pronunciarse acerca de si la legislación de divorcio subsiste o si ha sido derogada; sin sociedad anónima, el juez no puede desestimar de plano la petición de quiebra, ya que bien podría ocurrir que la sociedad anónima no existiera como tal, y tuviera, en cambio, vigencia como sociedad colectiva, susceptible de ser declarada en quiebra.

No parece posible, en consecuencia, sostener que la significación extrínseca del problema de derecho sea

en todo caso el *prius* y los hechos el *posterius*, dentro de la lógica de la sentencia. Es más bien frente a cada caso concreto que el juez debe decidir si su razonamiento debe comenzar por la significación jurídica del asunto, o por el análisis de los hechos sobre los cuales se basa la tesis del actor.

Pero en todo caso, un primer examen superficial de una y otra parte del material suministrado por el expediente, resulta indispensable antes de determinar si el derecho es fundado y si los hechos son relevantes.

180. EXAMEN CRÍTICO DE LOS HECHOS.

Una vez que el examen *prima facie* arroja un resultado favorable a la posible admisibilidad del caso, se entra en el análisis de los hechos.

El juez halla ante sí el conjunto de hechos narrados por las partes en sus escritos preliminares de demanda y contestación. Halla, asimismo, las pruebas que las partes han producido para depararle la convicción de la verdad y para permitirle efectuar la verificación de sus respectivas proposiciones.

Es en este aspecto donde la labor crítica del juez se desenvuelve con mayor profundidad e importancia.

En la búsqueda de la verdad, el juez actúa como un verdadero historiador. Su labor no difiere fundamentalmente de la que realiza el investigador de los hechos históricos: compulsa documentos, escucha testigos de los sucesos, busca parecer de los especialistas en determinadas ramas de las ciencias afines, saca conclusiones de los hechos conocidos construyendo por conjetura los desconocidos. En este sentido, el magistrado es el historiador de los hechos que han dado origen al juicio. Su método es análogo y son también análogos sus resultados[4].

[4] La idea de que el juez actúa como si fuera historiador aparece subrayada en la doctrina procesal más reciente. Así REDENTI, *Profili pratici*, p. 444; CA-

Pero la asimilación del juez al historiador no será nunca completa, conforme se tenga en cuenta que la prueba del juicio civil es, como se ha recordado, un modo de verificación y no una investigación de la verdad. El juez no conoce más verdad que la que las partes le han comunicado; lo que no está en el expediente no está en este mundo, salvo las excepciones especialmente consentidas; etc. Es verdad que se ha dicho que de esta manera procedería un investigador sagaz y juicioso frente a los hechos que no puede descifrar[5]; pero más exacto resulta pensar que ningún investigador ni ningún espíritu científico se detendría en su pesquisa de los hechos en razón de cualquiera de las circunstancias que acaban de anotarse.

Lo que el juez trata de hacer es apartar del juicio los elementos inútiles o vanos (tanto desde el punto de vista de su convicción como en lo que se refiere al tema ya desarrollado del objeto de la prueba) y reconstruír en su imaginación la realidad pasada. El juez trata de volver a vivir los instantes en que ocurrieron los hechos, tal como si él tuviera que referirlos habiendo sido testigo de ellos. Su obra es de reconstrucción histórica de un momento o conjunto de momentos, tal como ocurrieron en la vida.

Reconstruídos los hechos, el magistrado se ve en la necesidad de realizar un diagnóstico concreto: ya no se trata de la mera descripción de los sucesos sino de su calificación jurídica. Mediante un esfuerzo de abstracción intelectual, el juez trata de configurar lo que en el lenguaje de los penalistas se llama el tipo (*Tatbestand*)[6].

LOGERO, *La logica del giudice*..., nº 45; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, en *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939; CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, cit.

[5] CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 16 de la separata.

[6] BLOMEYER, *Zur Lehre vom Tatbestand im Zivilurteil*, en "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", t. 6 (1929), p. 309. Para la materia penal, BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930. Una notable exposición en SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1940, t. 2, p. 137.

El tipo es una abstracción esquemática que reúne en un concepto todos los elementos esenciales de determinada figura jurídica. Así, cuando se dice que el cuasidelito es el acto ilícito involuntario que causa un daño a otro; o que la compraventa es el contrato por el cual una parte se obliga a entregar a otra una cosa y ésta a pagar su precio en dinero; o que la cesación de pagos es la imposibilidad de hacer frente al pasivo comercial, se configuran *tipos* de situaciones jurídicas civiles. Es evidente que la diferencia de estructura del derecho penal con el derecho civil o comercial hace variar las formas del tipo. En aquella rama del derecho es indispensable que "los delitos se acuñen en tipos", es decir, que cada situación jurídica penal debe ser cuidadosamente descrita por el legislador, antes de determinar la pena aplicable. En cambio en las otras ramas del derecho, ni la descripción ni siquiera la definición son indispensables, y corresponde, en consecuencia, hablar de *tipos* en un sentido mucho menos estricto que en el derecho penal. Pero es evidente que el juez civil que ha logrado, luego del análisis de las pruebas, evocar todos los hechos que han dado origen al conflicto, se encuentra frente a la necesidad de esquematizar el resultado de los hechos en una figura jurídica determinada: la compraventa, el cuasidelito, la posesión de estado civil, la insolvencia, etc.

Se trata, como se ve, de reducir los hechos a especies jurídicas comunes y conocidas. Y a esto se llega sin necesidad, por ahora, de entrar a aplicar el derecho al hecho, sino por un simple esfuerzo de abstracción, que permite reducir los hechos a sus contornos jurídicos más simples[7].

[7] Cfr. R. GOLDSCHMIDT, *Las funciones del juez dentro del proceso civil en el momento histórico actual*, en "La Ley", t. 72, p. 888.

181. Aplicación del derecho a los hechos.

Una vez reducidos los hechos a tipos jurídicos, corresponde entrar a la determinación del derecho aplicable.

También en esta etapa la labor del juez se hace dificultosa. Su función consiste en determinar si al hecho reducido a tipo jurídico le es aplicable la norma A o la norma B; si el contrato configurado de manera esquemática luego del análisis de los hechos, pertenece a la categoría de los que sólo pueden cumplirse por el deudor o si se rige por el principio de los que pueden cumplirse por un tercero; si el cuasidelito apareja la responsabilidad civil o si se rige por la norma que releva de la obligación de indemnizar; si la posesión de estado permite establecer la filiación; si la cesación de pagos autoriza la declaración de quiebra; etc.

A esta operación se la llama en la doctrina moderna *subsunción*. La subsunción es el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley[8]. Mediante este procedimiento de coordinación, ya existente en la dialéctica socrático-platónica y en la lógica aristotélica[9], las sustancias afines se confunden y las desafines se separan. El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador. Y esto ocurre de tal manera, que ha llegado a sostenerse que la situación surgida es idéntica a la que ocurriría si el legislador fuese llamado a decidir mediante una ley el caso concreto sometido a la resolución del juez.

Pero de la misma manera que en el problema de la situación del juez frente a los hechos se plantea la duda

[8] Runes, *Dictionary of Philosophy*, New York, 1942, p. 305; Lalande, *Vocabulaire de la Philosophie*, Paris, 1928, t. 2, p. 824.

[9] Calogero, *La logica del giudice*..., p. 57.

de saber si tiene plenos poderes de investigación, fuera de las circunstancias relatadas por las partes, también se plantea la duda en materia de derecho, de saber si la elección de la norma A o B aplicable al caso es libre, o si, por el contrario, el juez no tiene más alternativa que la de optar por una o por otra de las normas enunciadas por las partes.

Reiterados desarrollos de este mismo libro están dirigidos a señalar que en esta materia no hay limitación alguna y que el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable, según su ciencia y su conciencia. El aforismo reiteradamente citado en este libro del *jura novit curia** (el derecho lo sabe el juez) significa, pura y simplemente, que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él.

La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado. La jurisprudencia ha

* BIBLIOGRAFÍA: DÍAZ DE GUIJARRO, *La litiscontestación y la invocación de preceptos legales*, en "J. A.", t. 50, p. 703; ACUÑA ANZORENA, *El principio "jura novit curia" y su aplicabilidad en materia de prescripción*, en "La Ley", t. 70, p. 870; SENTÍS MELENDO, *Iura novit curia*, en "Rev. D. P.", 1947, p. 208; SPOTA, *El principio "jura novit curia" y la relación jurídica procesal*, en "J. A.", 1954-I, p. 153; la *Reseña de jurisprudencia* que hemos publicado en "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 12, vocablo *Jura novit curia*. Para la jurisprudencia, "L. J. U.", 1462, 1835; "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 27; t. 46, p. 168; y con salvedades "L. J. U.", 2092 y 3169. El Código de Bolivia, arts. 227 y 125 de la *Compilación*, dice: "Los jueces deben suplir las omisiones de los demandantes que pertenezcan al derecho".

llegado hasta invalidar una sentencia extranjera carente de motivación[10].

182. La decisión.

Una vez hecha la elección de la norma aplicable, entra la sentencia en su última etapa: la decisión.

Esta decisión ha de ser estimatoria o desestimatoria de la demanda[11], porque en último término el juez debe resolver si la demanda debe ser acogida o debe ser rechazada. A través del proceso crítico que acaba de relatarse, el magistrado concluye en la solución favorable o adversa al actor, pronunciándose en definitiva por el acogimiento o por el rechazo de la demanda.

Esta necesidad de reducir todo el proceso intelectual de la sentencia a una última palabra de sentido decisorio, ha dividido a la doctrina. Mientras por un lado se dice que el esquema mental de la sentencia no es sino el del silogismo, constituído por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, por otro se ha advertido que no se trata de un simple esquema lógico, por cuanto el solo hecho de la elección de las premisas ya es un problema de otra índole, que no cabe

[10] Así lo ha decidido la jurisprudencia francesa en el famoso caso Weiller, en el cual se trataba de declarar la validez o nulidad de una sentencia de divorcio expedida en Reno (Nevada, U. S. A.) sin motivación alguna. El caso comprometía abundantes problemas de derecho procesal, internacional y civil. La Corte de París anuló; abandonando la tradicional orientación que considera la falta de motivación como vicio de forma, en este caso lo consideró como vicio de fondo. Cfr. HEBRAUD, *La motivation, condition de validité des jugements*, en "Rev. T. D. C.", 1949, p. 120. Agreguemos, sin embargo, que en el derecho procesal de los Estados Unidos la sentencia de primera instancia no se motiva, pues frecuentemente esa sentencia contiene sólo la homologación del veredicto del jurado, el cual resume los hechos y aplica el derecho.

[11] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1935, p. 142, y PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. I, p. 307, proponen esta terminología en sustitución de la de "sentencia de absolución" o "sentencia de condena". Tal proposición debe ser aceptada porque comprende las sentencias que hacen lugar a las demandas declarativas y constitutivas que no terminan necesariamente en una condena.

dentro del simple diagrama lógico y que exige otro planteamiento para el problema.

Luego de cuanto hemos dicho, no parece difícil admitir que la sentencia no se agota en una operación lógica. La valoración de la prueba reclama, además del esfuerzo lógico, la contribución de las *máximas de experiencia*[12], apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable, tampoco es una pura operación lógica, por cuanto reclama al magistrado algunos juicios históricos de vigencia o de derogación de las leyes, de coordinación de ellas, de determinación de sus efectos. La lógica juega un papel preponderante en toda esa actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio[13].

Pero esta doble orientación de la doctrina, que por un lado ve en la sentencia una pura operación lógica y por otro la concibe como un procedimiento determinativo y definitorio del juez, viene a renovar con un nuevo alcance la antigua disputa sobre si la sentencia es un acto de la mente o de la voluntad. Sólo ocurre que en la doctrina moderna, el carácter volitivo de la sentencia se admite a través de una nueva investigación acerca de la génesis lógica de ésta, que ha enriquecido considerablemente la doctrina procesal y que permite extraer considerables conclusiones prácticas.

[12] *Supra*, nos. 148, 149 y 150.

[13] CALOGERO, *La logica del giudice*, p. 58. Cfr. COSSIO, *La valoración jurídica...*, cit., ps. 23 y ss.

La misma admisión del elemento volitivo de la sentencia, que se anotará en las páginas sucesivas, no significa sino reconocer que la sentencia es, como operación intelectual, un largo proceso crítico en el cual la lógica juega un papel altamente significativo, pero que culmina necesariamente en actos de la voluntad. Los múltiples problemas que la vida pone diariamente frente a cada uno de nosotros, se dan cita también en el instante en que el magistrado, sin despojarse de su condición de hombre, examina los hechos, determina el derecho aplicable y extrae la conclusión[14].

No conviene exagerar este último aspecto de la sentencia; pero tampoco conviene desentenderse del hecho de observación experimental, y más de una vez confesado por los jueces, de que en último término ellos aspiran en sus fallos a hacer una obra de justicia más que una obra de legalidad formal. "Cuando una solución es justa, decía un magistrado, raramente faltan los argumentos jurídicos que la puedan motivar". El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia.

B) *La forma del documento*

183. La sentencia como documento.

Al mismo tiempo que un hecho y un acto jurídico, la sentencia es un documento, elemento material, indispensable en un derecho evolucionado, para reflejar su existencia y sus efectos hacia el mundo jurídico[15].

Existe sentencia en el espíritu del juez o en la sala

[14] Así, también, Liebman, *Decisão e coisa julgada*, en "Revista da Faculdade de Direito de São Paulo", 1945, p. 219.

[15] Calamandrei, *La sentenza civile come mezzo di prova*, en "Riv. D. P. C.", 1938, I, p. 108; Moretti, *La sentencia extranjera*, en "La Ley", t. 15, sec. doct., p. 84; Romano Castellana, *La facoltà giurisdizionale di documentazione*, Roma, 1925.

del tribunal colegiado, mucho antes del otorgamiento de la pieza escrita; pero para que esa sentencia sea perceptible y conocida, se requiere la existencia de una forma mediante la cual se representa y refleja la voluntad del juez o del tribunal.

Existen aún en nuestros días, determinadas sentencias que no se reflejan en forma escrita, tales como las famosas de los Tribunales de Aguas en Valencia; pero se trata de subsistencias de una justicia patriarcal no regida por el derecho procesal codificado.

Frente a los textos legales que rigen la forma de las sentencias y hasta dan a éstas formas solemnes desde el punto de vista instrumental, el documento resulta indispensable. Antes de que esta pieza sea firmada por el juez, no se puede considerar que haya sentencia. Ésta es acto y documento. De la misma manera que no es sentencia aquella emanada de un juez sin voluntad jurídica, como ser demente, hipnotizado, ebrio, amenazado[16], no hay sentencia sin la suscripción del documento respectivo; tal, p. ej., el caso del juez que fallece luego del acuerdo del tribunal colegiado y antes de la suscripción del fallo[17].

La concurrencia de los dos elementos, plenitud de la voluntad del juez e integridad del documento, es indispensable para que exista la sentencia.

Las relaciones existentes entre el acto (que, como se ha dicho, es un acontecer humano) y el documento (que es una cosa), son fácilmente perceptibles. El acto nace con anterioridad al documento, pero sobrevive merced a él; en él se refleja el acto bajo forma de reproducción o de representación[18]; pero una vez representado

[16] DI SERBO, *La sentenza inesistente*, Verona, 1938, con amplia bibliografía y jurisprudencia, esp. ps. 62 y 63.

[17] MUSATTI, *Sentenza non sottoscrita*, en "Riv. D. P. C.", 1927, II, p. 8. Cfr., sin embargo, la solución contraria consagrada en los códigos de España (art. 347), Chile (art. 192, inc. 2º) y Cuba (art. 365).

[18] Sobre este particular nos remitimos a cuanto hemos expuesto acerca de la documentación de los actos procesales (*supra*, nos. 104 y ss.).

se opera algo así como su transustanciación. De allí en adelante, para siempre, no existirá otra voluntad que la representada. A tal punto que en el contraste entre la voluntad real y la voluntad representada predominará ésta y no aquélla. Salvo el caso de los errores materiales de la sentencia, susceptibles de salvarse por el simple buen sentido[19], la voluntad real desaparece para dar paso a la voluntad expresada en la sentencia.

No es convincente, por más ingeniosa que aparezca, y además es inaplicable en nuestro derecho, la doctrina de la *interpretación auténtica* de la sentencia por obra del mismo juez[20]. Por lo menos, tal interpretación es inadmisible frente a la inmutabilidad de la sentencia en razón de los textos expresos que la prohiben, una vez notificada ésta a las partes[21].

No es concebible en esta materia otra interpretación que la que puedan admitir los negocios jurídicos en general, a través de sus formas escritas, ya que rige en su plenitud el principio de derecho probatorio que impide poner, frente al texto de los documentos, la interpretación que pudiera emanar de lo que se dijo antes, durante o después de su redacción, sin más excepciones que las del derecho común[22].

184. Texto de la sentencia.

El principio de inmutabilidad de la sentencia a que acaba de aludirse, exige para ésta una redacción que

[19] Bracci, *Della correzione degli errori della sentenza*, en "Riv. D. P. C.", 1927, II, p. 248. *Infra*, nº 186.

[20] Conforme, Carnelutti, *Interpretazione autentica della sentenza*, en "Riv. D. P. C.", 1933, II, p. 52. Sobre todo este tema, con amplitud de desarrollo, Denti, *L'interpretazione della sentenza civile*, en "Studi nelle scienze giuridiche e sociali pubblicati dall'Istituto di Esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia", Pavia, 1946, t. 28, ps. 1 a 151.

[21] Uruguay, art. 486; Cap. Fed., 222; Bolivia, 297; Chile, 205; Colombia, 482; Costa Rica, 86; Cuba, 362; Ecuador, 299; España, 363; México, 223 y 224, Fed.; 84 y 683, D. F.; Paraguay, 223; Perú, 1078; Venezuela, 164.

[22] Uruguay, C. C., art. 1596; García Goyena, *Notas*, art. 1220. Así, "Rev. D. P. P.", t. II, p. 244.

asegure con la mayor eficacia posible su claro entendimiento[23].

La legislación procesal de nuestros países[24] describe minuciosamente la forma de la sentencia, imponiendo a los jueces un orden y hasta un extraño formulismo, según los modelos clásicos. Esto da a los fallos un estilo arcaico que no contribuye a su comprensión por el pueblo.

Así, p. ej., se establece como fórmula de un fallo de primera instancia, dado por juez unipersonal, la de que debe contener "el día, mes, año y lugar en que se pronuncie; los nombres de las partes, del fiscal o agente fiscal, si ha intervenido, y el objeto del pleito. Expresará por *resultandos* lo que resulte probado de los hechos cuestionados. Determinará cada uno de los puntos de derecho en discusión, exponiendo por *considerandos* los fundamentos legales conducentes, citando las leyes y doctrinas aplicables, y concluirá condenando o absolviendo al demandado o imponiendo costas, costas y costos o declarando no hacer especial condenación según corresponda". "Cuando sean varios los puntos litigiosos, aunque tengan entre sí conexión, se hará por separado en la misma sentencia, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos"[25].

Existe un paralelismo curioso entre estas exigencias

[23] Sobre este principio de inmutabilidad, véase, además, nuestra nota en "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 161, y en *Estudios*, t. 3, bajo el título *Ampliación y rectificación de sentencia*.

[24] Uruguay, art. 466; Cap. Fed., 217; Bolivia, 287; Chile, 193; Colombia, 471; Costa Rica, 84; Cuba, 371; España, 372; México, Fed., 223 y 224; D. F., 81, pero el art. 82 declara "abolidas las antiguas fórmulas de las sentencias"; Paraguay, 18; Perú, 1076; Venezuela, 162.

[25] Uruguay, art. 466. Para el problema derivado de la omisión de estas formas, ACUÑA ANZORENA, *Motivación de la sentencia y naturaleza de la nulidad que entraña su omisión*, en "J. A.", t. 49, p. 59. En general sobre el tema, la exposición histórica de MÉNDEZ CALZADA, *Los fundamentos de las sentencias*, en "Anales de la Facultad de La Plata", t. 12, p. 163. También, HEBRAUD, *La motivation, condition de validité des jugements*, en "Rev. T. D. C.", 1949, p. 120.

formales de la sentencia y las exigencias formales de la demanda.

Frente a las exigencias de nuestras leyes, viene a ser una verdad la afirmación de que la demanda es, en cierto modo, el proyecto de sentencia que quisiera el actor[26] o, desde otro punto de vista, la respuesta homóloga del Estado a la demanda[27].

A la invocación de la demanda corresponde un preámbulo en la sentencia; al capítulo de hechos corresponde el capítulo de resultandos; al capítulo de derecho corresponden los considerandos; y a la petición corresponde el fallo.

En esquema:

DEMANDA	SENTENCIA
Sr. Juez Ldo. de P. Instancia: N. N., con domicilio en . . ., digo: Que vengo a demandar a X. X., por las siguientes razones:	*Fecha: . . . .* *Vistos: Este juicio seguido por N. N. contra X. X. por*
Hechos	Resultando
1	1 . . . .
2	2 . . . .
Derecho	Considerando
1	1 . . . .
2	2 . . . .
Pido:	Fallo:
1	1 . . . .
2	2 . . . .

[26] SPERL, *Il processo nel sistema del diritto*, en *Studi in onore di Chiovènda*, p. 819.

[27] MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 106.

185. VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO.

En cuanto a la eficacia probatoria del contenido de la sentencia, parece necesario destacar que ella no acredita plenamente los hechos admitidos.

Así, por ejemplo, la sentencia que condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios, apoyada en hechos que se dan por probados en el juicio, no prueba, a su vez, la verdad de esos mismos hechos en otro juicio.

Es necesario, sobre este punto, hacer una distinción. La sentencia sirve para probar plenamente los actos del juicio, cuando el juez en sus resultandos narra lo que en el juicio ha acontecido antes de la sentencia. Pero no sirve, en cambio, para probar los hechos que presenciaron los testigos y que el juez admite en su sentencia. En tanto que el fallo *representa* los primeros ya que el juez los ha presenciado y los reconstruye en un sentido documental, sólo *admite* los segundos, que no han sido presenciados por él. En aquéllos, el juez es testigo por sí mismo; en éstos no es ni siquiera testigo de los testigos, ya que la ley le permite no estar presente en el acto de las declaraciones. La admisión de un hecho como probado, es apenas un proceso intelectual del juez que tiene valor en cuanto se refiere al caso decidido.

Pero el juez, que es juez para admitir un hecho en el juicio de que conoce, no es juez para trasferir hacia otro proceso los juicios de verdad que sólo competen al otro magistrado[28].

La sentencia como documento, prueba, pues, "el hecho de haberse otorgado y su fecha", para todos, por precepto expreso de ley[29]; y prueba, asimismo, los hechos ocurridos ante el magistrado, de los que éste toma razón directa para su fallo. No prueba, en cambio, la verdad

[28] CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, cit., p. 112.

[29] Uruguay, art. 350; Bolivia, 177. En contra, Cuba, 249; Ecuador, 168; Perú, 401, que adjudica fe "al acto verificado ante el funcionario que lo autorizó".

de los hechos de los cuales el juez no es testigo, los que deben ser de nuevo probados en el otro juicio en que se desean acreditar[80].

En este último sentido, conviene, aunque parezca superfluo, destacar que lo que aquí se analiza es el problema del efecto probatorio de *la sentencia* en otro juicio, y no *de las pruebas* de un juicio con relación a otro. Este problema fue abordado oportunamente[81] y resuelto conforme a principios distintos, derivados de las garantías procesales de que disponen ambas partes en cada uno de esos juicios.

186. Destrucción o pérdida de la sentencia.

El tratamiento que corresponde a la sentencia como documento, es el genérico de los instrumentos públicos.

Así, su destrucción o pérdida no anulan la sentencia como acto de voluntad, sino que puede ser reconstruída por el procedimiento común de los instrumentos públicos o reemplazada por otras pruebas eficaces[82]. La solución es distinta en el proceso penal[83].

Su eficacia es plena, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, por disposición expresa de ley, *para todos*. Pero nada impide que sea impugnada de falsedad material o adulteración[84].

Se ha sostenido que si ha sido suscrita imperfectamente por el tribunal que la dictó, tal como ocurre

[80] Correcta aplicación en "Jur. A. S.", t. 9, nº 2404. Véase, con amplitud, Núñez Lagos, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950. También nuestro estudio *La chose jugée comme présomption légale* en el volumen de la Société de Législation Comparée, en honor del Código Napoleón en su CL aniversario, Paris, 1954.

[81] *Supra*, nº 164.

[82] Uruguay, art. 1599, inc. 4º, C. C.; Lessona, *Tratado*, t. 4, p. 168; Calamandrei, *La sentenza come mezzo di prova*, p. 110; L. Colombo, *La pérdida del expediente judicial y la defensa de la prescripción*, en "La Ley", t. 35, p. 954.

[83] Lessona, *op.* y p. cits.

[84] Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 312.

cuando el acuerdo es tomado por los miembros A, B y C del tribunal colegiado y aparece suscrita, por error de la secretaría y de los propios jueces, por los miembros B, C y D, es inexistente, ya que los elementos requeridos (voluntad jurídica y documento) no están reunidos[35]. Sin embargo, la solución no puede generalizarse. Los errores materiales de copia o de firma, susceptibles de corregirse con una certificación de la secretaría que en modo alguno alteran el contenido del acto, no invalidan la sentencia. La sentencia es un documento que en sus errores de forma, se corrige como todos los otros instrumentos públicos[36]. El caso se plantea en los mismos términos que el de la sentencia ya acordada por el tribunal, pero que no llega a firmarse por fallecimiento de uno de sus miembros antes de ser redactada. La firma de la sentencia, como la de la letra de cambio, constituye un elemento sin el cual el documento no tiene existencia. Hasta el acto de la firma el miembro del tribunal puede cambiar su opinión y provocar un nuevo acuerdo[37].

Pero no es nula la sentencia suscrita por el juez y no refrendada por el secretario, ya que esa nueva firma no pertenece a la esencia del documento sino a su prueba: simplemente es un refuerzo de autenticidad, inútil dentro de la técnica de los instrumentos públicos, que dentro del sistema probatorio producen prueba por sí

[35] BARTOHEN, *La sentencia dictada por un tribunal pluripersonal, si todos los integrantes no lo han suscrito en el mismo acto ¿es válida?*, en "Rev. C. E. D.", t. 9, p. 118.

[36] Véase, sin embargo, el curioso caso publicado en "Riv. D. P.", 1949, II, p. 153, en que un juez, en señal de protesta, se negó a firmar la sentencia. La Corte de Casación de Roma dio validez al fallo. Cfr. la nota de FAVARA, *Se il rifiuto di sottoscrivere la sentenza equivalga ad impedimento legitimo.* Si el caso se hubiera producido en nuestro derecho, la solución debió ser diferente. Véase, sin embargo, "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 115. Pero este fallo fue revocado por la S. Corte. Véase, asimismo, nuestro estudio *Error de firma y sentencia inexistente*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 115, y en *Estudios*, t. 3.

[37] Conforme, MUSATTI, *Sentenza non sottoscrita*, cit., en contra del fallo de la Corte de Casación que declaró válida la sentencia, pero por fundamentos que no se refieren al fondo mismo de la cuestión.

mismos[38]. Si la autoridad del fallo se prueba por otros medios, las condiciones indispensables para la existencia del documento están cumplidas, salvo, por supuesto, cuando la ley exige expresamente esa firma bajo pena de nulidad[39].

§ 2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

187. Relación del contenido con la forma.

Examinada la forma de la sentencia corresponde, ahora, entrar en el estudio de su contenido.

Trataremos de hacerlo con arreglo a dos puntos de vista diferentes: el primero es el relativo *al proceso* dentro del cual se dicta la sentencia; el segundo, es la proyección que la sentencia tiene sobre *el derecho* en su generalidad.

Ambos temas tienen, por lo demás, contenido diferente. En tanto el primero procura contestar la pregunta: ¿qué decide la sentencia?, el segundo aspira a dar respuesta a la pregunta: ¿qué valor tiene lo decidido?

Tales son los temas subsiguientes.

A) *La sentencia y el proceso*

188. Diversos tipos de sentencias.

El juez puede, en el trascurso del juicio, resolver las cuestiones de simple impulso procesal; puede, asimismo, resolver las cuestiones incidentales que surjan en el desarrollo de la instancia; puede, por último, poner fin al juicio decidiéndolo en forma definitiva. Esas distintas

[38] En contra, Alsina, *Tratado*, t. 1, p. 718.

[39] Nuestra jurisprudencia sobre este punto declaró válido el agregado de la firma de un testigo de actuación en un fallo de juez de paz, en "Rev. D. P. P.", t. 13, p. 161, y "L. J. U.", 1755.

decisiones toman, en el derecho de nuestros países, el nombre de *mere-interlocutorias, interlocutorias y definitivas*[40].

Pero todas esas resoluciones adquieren un nombre que les es común: *providencias*. Este vocablo deriva de proveer, suministrar, acceder, conceder. El juez provee a las peticiones de las partes, suministra, concede lo que está en sus manos otorgar. Pone algo que es suyo, que es la voluntad, mediante la cual el juicio llega hasta su destino. Esta colaboración a expensas de la voluntad jurídica del juez se dispensa tanto en las resoluciones de mero trámite, como en las interlocutorias, como en las definitivas. El juez no es menos juez cuando dicta una resolución mere-interlocutoria o de simple trámite, que cuando dicta una sentencia definitiva. La función jurisdiccional se desarrolla tanto a expensas de unas como de otras[41].

189. PROVIDENCIAS MERE-INTERLOCUTORIAS.

Las providencias *mere-interlocutorias*, de trámite o de simple sustanciación, tienen por objeto propender al impulso procesal[42].

Mediante ellas el juez accede a los petitorios de las partes que tienen por fin "requerir de éste una resolución de contenido determinado atinente a la marcha del proceso"[43]. Accede, así, al petitorio de que se tenga por interpuesta la demanda citándose al demandado, al petitorio de prórroga de un término, al pedido de diligenciamiento de una prueba, etc.

No existe en el derecho uruguayo, por lo menos

[40] Uruguay, arts. 460 y 461; Cap. Fed., 29; Bolivia, 273 y 274; Chile, 165; Colombia, 466; Costa Rica, 81; Cuba, 368; Ecuador, 287 a 289; España, 369; México (D. F.), 79; Paraguay, 30; Perú, 1075.

[41] Cfr., sin embargo, ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, p. 83.

[42] *Supra*, nos. 108 y ss.

[43] GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., p. 108.

en texto positivo que lo prevea, el auto interlocutorio. Por tal se entiende en otras legislaciones, aun derivadas de las fuentes españolas, aquel tipo especial de mere-interlocutoria que no es de simple tramitación, pero que no llega a constituír una interlocutoria por no haberse emitido luego de un incidente entre las partes[44]. Los autos interlocutorios hacen nacer cargas, extinguir expectativas o afectan los derechos procesales de las partes[45]. Ejemplos de este tipo son las resoluciones que tienen por bien acusada una rebeldía, en cierto sentido el auto que abre a prueba, la decisión que aprueba la tasación o el remate en el juicio ejecutivo, etc.

La única distinción de nuestro derecho, en materia de mere-interlocutorias, es la de que causen o no gravamen irreparable, a los efectos de admitirse el recurso de apelación.

El punto más delicado en el estudio de este tipo especial de providencias, es el relativo a su ejecutoriedad, o sea el de saber si pasan o no en autoridad de cosa juzgada.

Se sostiene, por un lado, que estas resoluciones son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada y, en consecuencia, de no poder modificarse ulteriormente de oficio o a petición de parte[46]. Por otro lado, se sostiene que dichas resoluciones no pasan nunca en cosa juzgada y que, aun después de vencidos los términos de impugnación, pueden ser modificadas de oficio por iniciativa del juez[47].

[44] Cfr. LOIS ESTÉVEZ, *Sobre la distinción entre providencias y autos*, publ. en "Foro Gallego", 1952. Pero debe aclararse que, como dice el autor (p. 7 de la separata), todo es un problema de denominación; y en este caso el léxico de la ley española no coincide con el nuestro.

[45] Así, PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, p. 180.

[46] FERNÁNDEZ, *Código*, p. 216, y numerosos autores allí citados. En el mismo sentido, con excelente fundamentación, LIEBMAN, *La cosa juzgada de las interlocutorias y de las mere-interlocutorias*, en "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 97.

[47] DE MARÍA, en "Rev. D. J. A.", t. 9, p. 97, con amplia fundamentación. La jurisprudencia argentina parece inclinarse en este sentido, según los antecedentes citados por FERNÁNDEZ, *op.* y *loc.* cits.

El problema no parece que pueda ser resuelto de manera uniforme, abarcando en una misma conclusión a todos los tipos de providencias de mero trámite.

El juez tiene, indudablemente, poderes de dirección del proceso, que le permiten rectificar un error en que involuntariamente haya incurrido. Esa rectificación, tendiente a restaurar la marcha del juicio por el camino trazado en la ley, forma parte de sus facultades propias, ya sea que éstas tengan un texto expreso que lo consagre, como en algunos códigos modernos, ya sea que ese texto falte, pues en ese caso debe reputarse implícito. Ninguna disposición especial obsta a que el juez rectifique su error, una vez que lo haya advertido. La norma que establece que las sentencias quedan ejecutoriadas de pleno derecho una vez vencido el plazo de apelación[48], no es un obstáculo a esta conclusión, porque los mismos textos se abstienen de dar categoría de sentencias a las mere-interlocutorias[49]. Y, por el contrario, si el juicio tiene una forma de desenvolvimiento previsto de antemano en la ley, lo natural es que ese desenvolvimiento se cumpla en la medida de lo previsto. La rectificación se hace, pues, para ajustar el proceso a la ley y no para contrariarla.

Pero la verdad es que este poder de dirección debe tener una limitación específica en un tipo de juicio como el que nos rige, que no es de secuencia discrecional, sino articulado o dividido en etapas. Dentro de este tipo de juicio, el advenimiento de una etapa procesal opera la preclusión de la anterior[50], sin que sea posible el regreso a instantes o estadios ya concluídos. No sería posible, por ejemplo, que citadas las partes para sentencia, el

[48] Uruguay, art. 664; Cap. Fed., 236; Chile, 212; México (D. F.), 427; Paraguay, 237.

[49] Uruguay, art. 461; Bolivia, 282; Chile, 165; Colombia, 466; Costa Rica, 857 y 861, pero la revocación a pedido de parte procede sólo dentro de tercer día y el tribunal puede rectificar en cualquier momento: art. 890; Cuba, 310; Ecuador, 308 y 309. En contra, Perú, 1078.

[50] *Supra*, nº 121.

juez decretara la reapertura del período de prueba, o mandara nuevamente alegar de bien probado, etc. Una vez dictado el decreto de conclusión, las etapas de debate y de prueba han sido objeto de preclusión y no es posible el regreso a ellas. Pero nada obsta, en nuestro concepto, a que mediando acuerdo de partes, vencido un término procesal, se admita un acto omitido. Esto, porque el principio de disposición debe prevalecer en ciertos casos, sobre el principio de preclusión[51].

La respuesta al problema propuesto consiste, pues, en reconocer al juez poderes de rectificación sobre las mere-interlocutorias dictadas errónea o imperfectamente; pero con la salvedad expresa de que esa rectificación no altere la naturaleza propia del juicio que acaba de ser recordada, desnaturalizando a éste y trasformándolo en proceso de desenvolvimiento discrecional. Una solución de esa índole, que condujera a la alteración del tipo de proceso vigente, debe ser rechazada en nombre de los principios generales que han sido oportunamente expuestos y que constituyen la base misma de la legislación procesal vigente.

190. SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.

Las *sentencias interlocutorias* son aquellas que deciden los incidentes surgidos con ocasión del juicio.

Las cuestiones referentes a las excepciones dilatorias en general, a la condición del juez (recusación), a la admisión o rechazo de los medios de prueba, a la disciplina del juicio, etc., se deciden por interlocutorias. Estas resoluciones, proferidas en medio del debate, van depurando el juicio de todas las cuestiones accesorias, desembarazándolo de obstáculos que impedirían una sentencia sobre el fondo. Normalmente la interlocutoria es

[51] Así, "Rev. D. J. A.", t. 52, p. 135, y nuestra nota *Desistimiento de rebeldía por acuerdo de partes.*

sentencia sobre el proceso y no sobre el derecho. Dirime controversias accesorias, que surgen con ocasión de lo principal.

La clasificación corriente en materia de interlocutorias es la que distingue entre interlocutorias simples e interlocutorias con fuerza de definitivas[52].

Estas últimas difieren de las primeras en que, teniendo la forma de las interlocutorias, hacen imposible, *de hecho y de derecho*[53], la prosecución del juicio. Así, la sentencia que se pronuncia sobre las excepciones mixtas, es interlocutoria con fuerza de definitiva. Proferida con ocasión de un trámite incidental, apareja en último término la conclusión del juicio, en caso de ser acogidas las excepciones de cosa juzgada o de transacción.

Algunas cuestiones atinentes a la manera como deben dictarse, a su forma, a los recursos que admiten, contribuyen a destacar la mayor significación que ese tipo de resoluciones tiene sobre las otras de su mismo género[54].

191. SENTENCIAS DEFINITIVAS.

Las *sentencias definitivas* son las que el juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido.

En ella, depuradas y eliminadas todas las cuestiones procesales, se falla el conflicto que ha dado ocasión al juicio.

[52] Uruguay, art. 677; Cap. Fed., 29; Colombia, 467; España, 369; México (D. F.), 79; Paraguay, 30.

[53] Sobre este giro y su origen histórico en nuestro derecho, nos remitimos a nuestro reciente estudio *Una fuente desconocida del Código de Procedimiento Civil uruguayo: el Código de Procedimientos de Entre Ríos*, en el volumen de *Estudios en memoria de José Irureta Goyena (h.)*, Montevideo, 1955.

[54] Para el derecho uruguayo, GALLINAL, *Sentencias*, ps. 59 y ss.; COUTURE, *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, t. 1, p. 284. Para el derecho argentino, CASTRO, *Curso*, t. 2, ps. 129 y 140; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, ps. 267 y 274; FERNÁNDEZ, *Código*, p. 74.

Este criterio, aunque general, no es absoluto. Cuando el juez decide el asunto a expensas de la ausencia de un presupuesto procesal, p. ej., la caducidad de la acción, la legitimación de las partes[55], etc., la decisión es definitiva, pone fin al juicio, pero no falla el fondo mismo de derecho sustancial debatido. Se habla, entonces, como en el derecho antiguo, pero en un sentido técnico diferente, de *absolución en la instancia*[56].

Por tales, deben entenderse aquellas sentencias que absuelven de la demanda en consideración a las condiciones particulares del proceso concreto en que se expide el fallo, a las partes que se han constituído en él o al tiempo en que se emite la decisión. Así, p. ej., un juicio sobre nulidad de testamento puede terminar en sentencia absolutoria si se inicia durante la vida del testador, pero nada impide renovar esa cuestión después de su muerte[57]. Un juicio de investigación de la paternidad dentro de la legislación uruguaya puede terminar mediante absolución, por caducidad del plazo dado por la ley a la madre o al tutor para interponer la acción; pero nada impide que esa misma cuestión se promueva nuevamente por el hijo una vez adquirida la mayoría de edad[58].

Se trata, sin duda, de casos de cosa juzgada formal[59] en los cuales el pronunciamiento emitido con relación a un juicio determinado limita sus efectos a las condiciones que se tuvieron presentes para decidirlo.

Fuera de esos casos, la sentencia definitiva con-

[55] *Supra*, nº 69.

[56] PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, p. 307. En contra, sosteniendo que no existe en el derecho moderno absolución en la instancia, CASTRO, *Curso*, t. 1, p. 224; JOFRÉ, *Manual*, t. 2, p. 382; FERNÁNDEZ, *Código*, p. 207. Ampliamente sobre este tema, JAEGER, *La sentenza di rigetto della domanda allo stato degli atti*, en "Riv. D. P. C.", 1927, II, p. 338.

[57] "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 48.

[58] Así, últimamente, "Rev. D. P. P.", t. 5, p. 13, con nota de MALET. Ampliamente, sobre este tema, GALLINAL, *Naturaleza de los plazos para deducir la acción de investigación de la paternidad*, en "Jur. A. S.", t. 16, p. 741.

[59] *Infra*, nos. 270 y ss.

cluye, normalmente, estimando o desestimando la demanda, en los términos que hemos expuesto oportunamente[60].

B) *La sentencia y el derecho*

192. LOS PROBLEMAS DE LA SENTENCIA.

Los problemas que surgen de la relación de la sentencia con el derecho, pueden reducirse, esquemáticamente, a los que se pasan a enunciar.

En primer término, como problema fundamental dentro del tema, es necesario determinar qué significación tiene la sentencia dentro del sistema jurídico. Se trata de saber si se está en presencia de una pura actuación o aplicación de la ley al caso decidido, o si, por el contrario, la sentencia es una nueva norma que nace en el sistema jurídico, distinta de la ley en su esencia y en su contenido. En otros términos: si la jurisdicción y la sentencia son actividades meramente declarativas de derecho o si son funciones de carácter creativo y productor de nuevas normas jurídicas.

En segundo término, resuelta la cuestión anterior, surge el problema de saber cuáles son las posibilidades de declaración o de producción del derecho: si todas las sentencias son igualmente declarativas de situaciones jurídicas o si todas ellas son productivas de situaciones jurídicas. El tema conduce naturalmente hacia la clasificación de las sentencias en razón de su contenido.

Y en tercer término, surge el tema de los efectos de la sentencia. Además de sus efectos de cosa juzgada y ejecución, que serán objeto de un estudio más amplio en el capítulo respectivo, se trata de abordar aquí el problema de la llamada retroactividad de las sentencias; se

[60] Ampliamente, SCHWARZ, *Conceito de sentença definitiva*, en "Revista Forense", Río de Janeiro, 1947, VI, p. 5.

trata ahora de saber si el fallo retrotrae sus efectos hacia lo pasado o si los proyecta tan sólo para lo futuro.

Como se comprende, esos problemas no son siempre específicos de la sentencia. Son los mismos problemas de la jurisdicción, de la acción, de la cosa juzgada, etc., que asumen, en este campo de las relaciones de la sentencia con el derecho, una simple expresión particular.

Serán tratados, pues, sin perder de vista sus caracteres generales, pero reducidos a los límites especiales de la cuestión.

193. Evolución de las ideas.

Hasta fines del siglo pasado la doctrina dominante fue la de que la sentencia no es sino la ley del caso concreto. Entre la ley y el fallo media tan sólo una diferencia de extensión, pero no de contenido. La sentencia que pone fin a un juicio no crea ninguna nueva norma jurídica, sino que se limita a declarar la vigencia de la norma legal en la especie decidida. El juez nada añade al derecho preexistente, fuera de su simple actividad cognoscitiva y declaratoria: *jurisdictio in sola notione consistit*.

El apogeo de esta manera de concebir la sentencia se produce en el siglo XVIII y en la primera mitad del siglo pasado. Cuando en *El espíritu de las leyes* se afirma que el juez no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, o cuando un magistrado francés afirma, posteriormente, que "nada debe ser dejado al arbitrio del juez, el que no puede estatuír nada sino en virtud de una disposición formal de la ley"[61], lo que se sienta y se refuerza es el dogma de la ineptitud creativa de la jurisdicción y su solo carácter declarativo del pensamiento expresamente sancionado por el legislador.

[61] Sobre todo este movimiento, Gény, *Méthode*, t. 1, ps. 17 y ss.; Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, ps. 9 y ss.

A fines del siglo comienza a insinuarse en la doctrina procesal la tendencia doctrinal a considerar que entre ley y sentencia existen diferencias de carácter y de contenido intrínseco derivadas de la distinta función de una y de otra.

Comienza el movimiento por cierta doctrina de filiación hegeliana que afirma que la sentencia tiene una significación particular en el sistema del derecho: la ley como tal, comienza por sostenerse, no es verdaderamente un ordenamiento jurídico completo, sino algo así como un diseño, un proyecto de ordenamiento jurídico ansiado para lo futuro; es la sentencia, o el conjunto de sentencias, que vienen a realizar la efectividad de este ordenamiento: "no sólo la ley, sino la ley y la función judicial son las que dan al pueblo su derecho"[62].

Esta doctrina levantó, como era de suponer, resistencia entre los escritores más autorizados[63], los que le reprocharon que buscara para la norma un complemento que ésta no necesitaba. La norma no es incompleta ni necesita ser complementada; lo que requiere es la efectividad de la tutela, para el caso en que sea necesaria por desobediencia o desconocimiento; pero ésta se dispensa siempre dentro de los límites asignados por la ley.

Sin embargo, aquella corriente de pensamiento, en cuanto tendía a desprender la sentencia de la ley aplicada, fue hallando, con el andar del tiempo y día a día en forma más acentuada, valiosas adhesiones en el campo del derecho procesal y de la teoría general.

En el primero de esos aspectos, debe asignarse especial significación al concepto de que la sentencia es *una novedad* en el sistema jurídico; algo así como una nueva ley: la ley especial del caso concreto[64]. Más tarde,

[62] BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, p. 58 y esp. p. 45.

[63] En Alemania, HELLWIG, *Lehrbuch*, t. 2, p. 168; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 517; GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, p. 152. En Italia, CHIOVENDA, *L'azione...*, ps. 59 y ss.; ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, p. 160; etc.

[64] MORTARA, *Commentario*, t. 2, p. 544.

en esa misma línea, habría de sostenerse que ley y sentencia son mandatos distintos del orden jurídico: la primera es mandato original y la segunda mandato complementario[65].

Pero en el campo del derecho público y de la teoría general estaba reservada a esta orientación el más amplio desenvolvimiento. A la adhesión de algunas opiniones de alta autoridad[66], sigue una verdadera construcción sistemática que concibe el derecho en forma de actuación gradual de las normas jurídicas, y que reserva a la sentencia un lugar de preeminencia luego de la Constitución y de la ley.

Esta doctrina recoge de la orientación anterior la idea de que la ley, norma posterior a la Constitución pero anterior a la sentencia, constituye una determinación *in abstracto* que necesita hacerse efectiva *in concreto* en el caso de que se la viole o desconozca.

Se inicia, entonces, un proceso de *individualización*, o sea, de reducción de lo abstracto a lo concreto, de lo indeterminado a lo determinado. Y esto constituye la continuidad natural de las normas jurídicas, coordinadas entre sí, la superior con relación a la inferior, mediante un procedimiento de reducción de lo general a lo particular. La Constitución se individualiza y particulariza en las leyes, reglamentaciones, estatutos, etc.; éstos, a su vez, se individualizan y se hacen específicos en las sentencias, los actos administrativos, las resoluciones administrativas. Estas últimas son, en todo caso, normas subordinadas, resultado del tránsito de las normas anteriores a las posteriores; el pasaje de lo normativo genérico a lo normativo específico[67].

[65] CARNELUTTI, *Lezioni*, t. 4, p. 419; idem, *Sistema*, t. 1, p. 274.

[66] Así, LABAND, *Staatsrecht*, p. 54; GALLI, *Il concetto di giurisdizione*, en *Scritti in onore di D'Amelio*, t. 2, p. 166.

[67] Cfr. en general, KELSEN, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Tejerina, Buenos Aires, 1941, p. 114. Antes *Teoría general del Estado*, trad. Legaz Lacambra, Barcelona, 1934, y *Compendio de teoría general del Estado*, trad. Recaséns Siches y Azcárate,

derechos existentes, es un capítulo de la teoría general que no puede ser contestado a través de una idea genérica de la sentencia. Si aquel a quien se interrogara en demanda de una respuesta para este problema, en lugar de abarcar con una mirada común las sentencias que diariamente dictan los jueces, se tomara la precaución de analizarlas separadamente para saber en qué sentido unas y otras pueden declarar derechos o pueden crear derechos nuevos, acaso podría contestar que no todas las sentencias se limitan a declarar el derecho y no todas las sentencias crean derechos inexistentes antes de su aparición.

Existen algunas sentencias que se agotan en una pura declaración del derecho. Así, por ejemplo, la sentencia absolutoria que desestima la demanda, no crea, sustancialmente hablando, ningún derecho que no existiera antes de su aparición. Significa, apenas, que la jurisdicción ha cumplido sus fines, declarando que en el caso decidido el actor carecía de razón; pero esto no supone atribuír derechos al demandado, ni crear una nueva norma jurídica. Todo ha quedado como antes. Ni siquiera se ha evitado la promoción de un nuevo proceso deparando al demandado una tranquilidad plena; y esto es así, porque si el actor tuviera la osadía de iniciar un nuevo juicio por idéntico motivo, con el solo propósito de inquietar y perturbar la tranquilidad del demandado, el derecho no pone en manos de éste más remedio que la excepción de cosa juzgada, la cual, para ser eficaz, debe ser ventilada en el nuevo proceso.

La certidumbre que depara la sentencia, ha irrumpido como elemento nuevo en el panorama del derecho. Esa certidumbre no es, como se verá más adelante, un elemento que se pueda desdeñar en el sistema del derecho. Pero ella no da ni quita nuévos derechos.

Sin embargo, la experiencia jurídica está llena de ejemplos en los cuales, además de este elemento que

denominamos *certidumbre*, la sentencia innova con respecto al estado de cosas anterior.

Son frecuentes los casos en que el juez debe establecer, en concreto (sentencias determinativas), situaciones no determinadas en la ley: *quantum* de honorarios, de alimentos, de indemnización, etc.; régimen de guarda y educación de los menores, régimen de cumplimiento de obligaciones que deben satisfacerse *in natura*; régimen de trabajo individual o colectivo, horario y lugar de trabajo, etc.[71]. No es posible, sin perder el sentido de la realidad, sostener que todas esas especificaciones ya estaban contenidas en la ley y que el juez es la boca que pronuncia sus palabras, "un sér inanimado; un signo matemático".

La concepción declarativa no podrá tampoco explicar satisfactoriamente los cambios de la jurisprudencia; esas mutaciones que dicen hoy lo contrario de lo de ayer, sin cambio alguno de la ley. Las soluciones cambian, pero la ley no.

Otro tanto cabe agregar de las sentencias que deciden el juicio por razones procesales. Así, por ejemplo, una obligación ya extinguida por el pago, puede volver a renacer si el demandado no presentó en el proceso el comprobante del pago. En esos casos, la sentencia será fiel a la ley procesal que obliga al juez a condenar si no se prueba el pago; pero no es fiel a la ley sustancial que dice que las obligaciones se extinguen por el pago.

En último término, decía GOLDSCHMIDT, todo derecho queda subordinado al proceso. Pero ninguna seguridad existe de que la conclusión de ese proceso sea absolutamente coincidente, en todos los casos, sin posibilidad de error alguno, con la solución establecida en la ley que regula el derecho material que en él se debate.

[71] Sobre todo este tema, BETTI, *Efficacia della sentenza determinativa in tema di legati d'alimenti*, Camerino, 1921.

196 LA SENTENCIA INJUSTA Y SUS PROBLEMAS.

Es un error, en nuestro concepto, considerar el problema de la llamada *sentencia injusta* como la partícula ínfima de la cosa juzgada. Y mucho más erróneo parece considerar que se está en presencia de "un caso patológico de eficacia aberrante"[72]. Porque en verdad el problema no consiste en que tal o cual sentencia salga equivocada y que tal o cual juez haga decir a la ley lo que la ley no dice. El problema es mucho más amplio y no constituye la patología de la sentencia, sino su propia naturaleza. No puede hablarse de patología, cuando la jurisprudencia, después de ochenta años de Código Civil, cambia de criterio frente a la condena de intereses en los daños y perjuicios y sostiene ahora que se deben aun a falta de cantidad líquida, luego de haber sostenido por lustros y lustros lo contrario. No es patología que luego de haberse privado durante años y años al hijo natural de sus derechos de tal por no llevar el apellido de su padre, en los últimos fallos se considere que ese apellido no es indispensable y se reconozca como hijo a aquel que diez años antes hubiera visto sucumbir su demanda.

Lo menos que se puede preguntar en esos casos, es cuándo la jurisprudencia es normal y cuándo patológica: si cuando concede o cuando niega; cuando abandona una solución o cuando persiste en ella[73].

[72] BETTI, *Diritto processuale civile*, p. 786.

[73] En los últimos tiempos ha requerido nueva consideración de los estudiosos otro problema colateral a éstos: el de la posición del juez frente a la ley injusta; pero este tema de sociología jurídica más que de dogmática procesal, excede del contenido de estas páginas. Cfr. a su respecto, GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953; MONTAGU, *El juez ante la norma injusta*, La Habana, 1944; ÁLVAREZ TABIO, MARQUEZ Y MARTÍNEZ VÉLEZ, *Justicia y legalidad*, La Habana, 1952.

197. Fundamentación de la tesis.

Parece suficiente plantear el problema en los términos que quedan expuestos, para advertir que el poder vinculatorio de la sentencia no es el mismo de que está dotada la ley.

La sentencia puede limitarse a una mera declaración del derecho (sentencia mere-declarativa); puede establecer un modo de reparación del derecho lesionado (sentencia de condena); puede crear estados jurídicos nuevos, no individualizados antes de la resolución (sentencia constitutiva); o puede establecer medidas de seguridad (providencias cautelares). Pero en todos esos casos, la sentencia es una forma jurídica nueva que no existía antes de su expedición.

Este fenómeno es connatural a la jurisdicción. Tan connatural como aquella otra cuestión sentada al comienzo de este libro, de que el derecho de acción lo ejercen tanto los que tienen razón como los que carecen de ella. Y esto no supone dar a las sentencias injustas un valor superior al que realmente tienen. Es cierto que éstas son la minoría en la vida del derecho; pero son tan sentencias como las restantes. En todo caso, nunca se puede saber si una sentencia se halla o no de acuerdo con el derecho sustancial, porque para saberlo sería indispensable un proceso íntegro de revisión. Y éste no sólo está prohibido por la cosa juzgada, sino porque siempre habría que admitir la posibilidad de una revisión del proceso de revisión. Y así sucesivamente.

Se hace necesario, en consecuencia, dar una explicación que abarque tanto a la sentencia ajustada al derecho sustancial como a la que no lo está.

La eventualidad, no por exigua desdeñable, de que el proceso de individualización o actuación de la ley dé como resultado una solución que no coincida exactamente con el derecho sustancial, se explica por la naturaleza

misma del ordenamiento. El proceso de trasformación se realiza por obra de uno o varios magistrados, los que pueden concluír su obra con resultados diversos.

"La sentencia podrá ser justa o injusta, porque los hombres necesariamente se equivocan. No se ha inventado todavía una máquina de hacer sentencias. Sólo el día en que sea posible decidir los casos judiciales como se deciden las carreras de caballos, mediante un ojo eléctrico que registra físicamente el triunfo o la derrota, la concepción constitutiva del proceso carecerá de sentido y la sentencia será una pura declaración, como quería MONTESQUIEU"[74].

C) *Clasificación de las sentencias*

198. DIVERSOS TIPOS DE SENTENCIAS.

La clasificación de las resoluciones judiciales como mere-interlocutorias, interlocutorias y definitivas tiene como criterio de orientación la eficacia de la sentencia con relación al proceso.

Pero cuando se trata de determinar los distintos tipos de sentencia en consideración al derecho sustancial o material que ellas ponen en vigor, entonces la clasificación se divide en otros tipos: sentencias declarativas, de condena, constitutivas y cautelares.

A continuación intentaremos señalar, con la precisión que nos sea posible, las particularidades de cada una de estas sentencias.

[74] *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 77.

199. SENTENCIAS DECLARATIVAS*.

Son sentencias *declarativas*, o de *mera declaración*, aquellas que tienen por objeto la pura declaración[75] de la existencia de un derecho.

En verdad, debe anticiparse que todas las sentencias contienen una declaración del derecho como antecedente lógico de la decisión principal. Sentencia de decla-

BIBLIOGRAFÍA: BORCHARD, *Declaratory judgments*, 2ª ed., Cleveland, 1941; ídem, *Las sentencias declarativas*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 566; *Les développements récents du jugement déclaratoire*, en *Recueil d'études en l'honneur de Lambert*, t. 2, p. 535; BAJAC, *Las acciones declarativas y la acción de prescripción treintenaria*, en "L. J. U.", t. 21, p. 11, sec. doct.; BUZAID, *A acção declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1943; CAMMEO, *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord-americano*, en *Studi in onore di Chiovenda*, p. 173; CASTRO, *Acção declarativa*, Recife, 1940; CHIOVENDA, *Azione di mero accertamento*, en el "N. D. I.", t. 2, p. 126, y con el título *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en "Riv. D. P. C.", 1933, I, p. 3, y en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 528; COUTURE, *La acción declarativa de la prescripción*, 2ª ed., Buenos Aires, 1936, y en "La Ley", t. 1, sec. doct., p. 2, con prólogo y extensa adición de SPOTA, y en *Estudios*, t. 2, p. 313; ESTELLITA, *Da acção declaratória no direito brasileiro*, Río de Janeiro, 1933; GIONOUX, *Les actions préventives*, Paris, 1935; R. GOLDSCHMIDT, *La sentencia declarativa*, en "Rev. D. P.", 1943, I, p. 384; ídem, *Apuntes sobre la acción declarativa*, en "Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad del Litoral", 1954, nº 6; KISCH, *Das Feststellungsurteil*, comunicación al Congreso de La Haya, de 1932; LORETO, *La sentencia de "declaración de simple o de mera certeza"*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 411; MALAVER, *Acción de jactancia y acción declarativa*, Buenos Aires, 1944; MAYNARD, *Les jugements déclaratoires*, Lyon, 1922; PALLARES, *Esfera de acción de la sentencia meramente declarativa*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", t. 6, nº 18, p. 33; PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*, Madrid, 1932; ROSAS LICHTSCHEIN, *La acción mere declarativa*, en "Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, 1948, nos. 56 y 57. Hay separata, Santa Fe, 1949; ROSENBERG, *Las sentencias declarativas*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 556; VIZIOZ, notas en "Rev. T. D. C.", 1939, p. 537; 1946, ps. 246 y 331; 1947, p. 217, y 1948, p. 94; WACH, *Das Feststellungsanspruch*, 1899; RUPRECHT, *Sobre la procedencia de las acciones declarativas en el derecho laboral*, en "Gaceta del Trabajo", Rosario, 1947, p. 248; WINIZKY, *¿Puede hacerse uso de la acción declaratoria teniendo posibilidad de utilizar la ejecutoria?*, en "La Ley", t. 26, p. 923; WEISMANN *Die Feststellungsklage*, 1879.

[75] Se utilizan en este libro los vocablos "declaración" y "mera declaración" por ausencia en el idioma español de un vocablo que caracterice especialmente a este tipo de sentencias. En la doctrina francesa se llama "jugements déclaratoires", en la inglesa "declarative judgments" y en la española "sentencias declarativas", al tipo de decisiones que en la doctrina alemana se llama

ración es la sentencia absolutoria que desestima la demanda, ya que en definitiva ella declara la inexistencia del derecho que el actor pretende como suyo. Sentencias de declaración son, asimismo, las sentencias de condena y las constitutivas, por cuanto se llega a ese extremo luego de considerar y declarar la existencia de las circunstancias que determinan la condena o la constitución del estado jurídico nuevo[76].

Pero las sentencias de mera declaración no van más allá de esa declaración.

La doctrina pone como ejemplos de sentencias declarativas aquellas tendientes a establecer la falsedad de un documento, la inexistencia de una obligación, la jactancia. Dentro de nuestro sistema, la sentencia declarativa ha venido a suministrar muy importante apoyo a la acción que se promueve para probar, en método contradictorio, la adquisición de la propiedad por prescripción[77].

El carácter declarativo de toda sentencia aparece consagrado en el texto expreso de la ley[78]. Pero en los últimos años la jurisprudencia, acogiendo las ideas de la doctrina que aquí se menciona, ha admitido la importancia de este tipo de acciones y de sentencias. La misma idea de la acción declarativa de prescripción en los casos

---

"Feststellungsurteil" y en la italiana "sentenze di accertamento". Aunque la coincidencia no es absoluta, ya que "Feststellung" o "accertamento" deberían traducirse más bien por "comprobación" o "afirmación", se prefiere la palabra "declaración" porque coincide con la terminología francesa e inglesa y por haber sido usada ya ampliamente con anterioridad en la bibliografía española y americana. El aspecto terminológico de este problema ha sido exhaustivamente examinado por LORETO, *La sentencia de declaración*, cit.

[76] En este mismo sentido, "L. J. U.", 2975.

[77] *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, en *Estudios*, t. 2, p. 313. Con posterioridad se ha sancionado en la Argentina la ley 14.159, la que tiende a conjurar los problemas derivados de la falta de legislación especial sobre la materia. Cfr. SALAS, *La acción declarativa de usucapión en la ley 14.159*, en "J. A.", 1954-IV, p. 50, con copiosa información sobre dicha ley y el régimen anterior; asimismo, DUMM, *La prescripción treintañal según el régimen de la ley 14.159*, en "La Ley", t. 70, p. 523; SPOTA, *La acción declarativa de la usucapión*, en "J. A.", 1953-I, p. 373.

[78] Uruguay, art. 462; Cap. Fed., 216; Paraguay, 217.

de posesión treintañal, todavía vacilante en la idea de De María a fines del siglo pasado, ha sido consagrada con términos claros en los fallos más recientes[79] y hasta en la propia ley de Registros 10.793, art. 3, inc. 3º.

En general la doctrina admite que todo estado de incertidumbre jurídica, que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial, justifica una acción de mera declaración y una sentencia de esta naturaleza. El concepto de conflicto de intereses ha venido a sufrir así una especie de prolongación hacia aquellos casos en que el titular de un derecho carece de los medios que le aseguren su pacífico goce. Una declaración del Congreso de La Haya de 1932, ha establecido que es ésta una de las formas más delicadas y fecundas de la actividad jurisdiccional[80]. En derecho como en diplomacia o en política, hay declaraciones que pueden valer como actos[81].

La resistencia que hallaron las sentencias de esta índole en ciertos tribunales, inspirada en la idea de que no es función de la justicia hacer meras declaraciones, sino dirimir conflictos reales y efectivos[82], ha sido abandonada últimamente aun por aquellos que más firmes se mostraron en sustentar esa tesis[83].

[79] En el citado estudio *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, se recoge toda la jurisprudencia uruguaya anterior a la fecha de su publicación.

[80] Chiovenda, *Azioni e sentenze*..., cit., p. 3.

[81] Hebraud, *Action en nullité d'un jugement étranger de divorce*, en "Rev. T. D. C.", 1949, p. 113, comentario del famoso caso Weiller ya citado.

[82] Cfr. Borchard, *Justiciability*, en "The University of Chicago Law Review", 1936, vol. 4, nº 1, enumera la orientación tradicional de las Cortes de los Estados Unidos sobre esta delicada materia.

[83] Así ha sucedido con la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso "Nashville C. and St. Louis Railway *v.* Wallace" en 288 U. S. 249, 264, 53, Sup. Ct. Rep., 347, 347. Sobre este "*leading case*" en materia de inconstitucionalidad de la ley, Jaffin, *Evolución del contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, en "Rev. D. J. A.", t. 37, p. 129, trad. y adición de E. Jiménez de Aréchaga (h.). Sobre su proyección en la doctrina uruguaya, Baroffio y Zerbino, *La inconstitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia nacional*, en "L. J. U.", t. 3, II, p. 31, y en separata, Montevideo, 1941. Un estudio exhaustivo del derecho angloamericano, puede verse en la obra fundamental de Borchard, *Declaratory judgments*, cit., esp. p. 137.

200. SENTENCIAS DE CONDENA.

Son *sentencias de condena* todas aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse).

Este tipo de sentencias surge de numerosas circunstancias del comercio jurídico.

Unas veces nace a raíz de una lesión del derecho ajeno, como en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia. Otras, como consecuencia del incumplimiento de una obligación mediante omisión del deudor, como en las situaciones de insatisfacción de los derechos del acreedor, falta de pago, etc. Otras, como consecuencia de acciones por parte de aquellos que se han comprometido a abstenerse, situación relativamente frecuente en las obligaciones de no realizar determinada propaganda, de no implantar cierta industria, de no instalar un comercio en determinado radio, etc.

La condena consiste, normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en conminarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohiben, o en deshacer lo que haya realizado.

A tal punto la sentencia de condena constituye la función más abundante del poder judicial, que durante largo tiempo la doctrina consideró que era ésta su actividad privativa. La doctrina de la tutela de los derechos subjetivos, cuya significación fue excepcional en los estudios de la naturaleza de la acción, consideró que lo específico de la jurisdicción era tutelar o proteger los derechos lesionados. Y esto sólo ocurre, normalmente, mediante una condena que reintegre el patrimonio jurídico al estado anterior a la lesión.

Pero es evidente que esa doctrina omite considerar que no existe reintegración de ningún patrimonio lesionado en los casos de sentencia declarativa, o de sen-

tencia absolutoria, en cuyos casos también la jurisdicción cumple sus fines propios.

La sentencia de condena es, pues, la de más extenso campo de acción y de más abundante desenvolvimiento en la actividad jurisdiccional. Pero no es la única y no excluye las otras formas de tutela jurídica que aquí se anotan: las de contenido mere-declarativo, las constitutivas y las cautelares.

201. SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.

Se denominan *sentencias constitutivas*[84] aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico[85].

La doctrina no es unánime respecto de este tipo de sentencias. Ni se admite, en general, que constituyan una categoría propia, ni existe acuerdo en cuanto a las diversas sentencias que integran esta categoría entre los que admiten su existencia.

Sin embargo, en el estado actual de la doctrina la gran mayoría de los autores considera que la sentencia constitutiva es una especie particular dentro del género de las sentencias y que forman parte de esa especie aquellas cuyos resultados no pueden obtenerse ni por una mera declaración ni por una condena.

[84] BUTELER, *La sentencia constitutiva*, en "Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba", t. 2, nº 4, p. 139; GORDILLO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la sentencia constitutiva según las modernas concepciones procesales*, Córdoba, 1940; LORETO, *La sentencia constitutiva*, en "Gaceta Jurídica", Mérida, t. 1, p. 17, en "Rev. D. J. A.", t. 41, p. 289, y en "Rev. D. P.", 1944, I, p. 1; MAZEAUD, *De la distinction de jugements déclaratifs et de jugements constitutifs de droits*, en "Rev. T. D. C.", 1919, p. 17; MERCADER, *La sentencia constitutiva. Análisis del criterio clasificador*, en "Rev. D. P.", 1947, I, p. 434; SILVA MELERO, *Las sentencias constitutivas*, en "Rev. G. L. y J.", t. 153, p. 31; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, 1899; SECKEL, *Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, en "Festgabe der Berliner Juristischen Gesellschaft für Koch", 1903; GOLDSCHMIDT, en "Archiv für Zivilistische Praxis", A. 177, ps. 1 y ss.

[85] En este sentido, "Rev. D. J. A.", t. 47, ps. 47 y 115.

Pertenecen a esta clase, en primer término, aquellas sentencias que crean un estado jurídico nuevo, ya sea haciendo cesar el existente, ya sea modificándolo, ya sea sustituyéndolo por otro.

La demanda que tiene por objeto provocar la rescisión del contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario, antes del plazo pactado, tiene por objeto lograr que el juez declare el incumplimiento pero además que resuelva el contrato antes del vencimiento del plazo, creando en favor del arrendador la facultad de lanzar al arrendatario y de volver a disponer del inmueble[86].

En segundo lugar, integran esta clase de sentencias aquellas que deparan efectos jurídicos de tal índole que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales: el divorcio, la separación de cuerpos, la separación de bienes, etc.

En estos casos, los interesados no podrían lograr por acto privado, ni aun de absoluto acuerdo, los efectos jurídicos deseados. Esta circunstancia adquiere especial relieve en las situaciones referentes al estado civil de las personas. En algunos casos, el acuerdo de partes podrá regular las relaciones patrimoniales (como ser la adjudicación de la herencia al hijo no reconocido ni declarado tal), pero la cuestión de estado sólo podrá lograrse por obra de la jurisdicción. En otros, como en la separación de bienes (no habiendo capitulaciones matrimoniales), ni siquiera por acuerdo de partes será posible, en nuestro derecho, regular la relación económica de los esposos.

En todos esos casos, es menester la sentencia que *constituya* el estado jurídico nuevo. Sin ella, el derecho permanecerá incambiado.

Y pertenecen, asimismo, a esta clase de sentencias,

[86] CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. I, p. 180; véase, sin embargo, ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil*, p. 177.

aquellas que la doctrina llama *determinativas* o *especificativas*[87].

El caso más frecuente en esta materia es aquel en que el juez actúa como un verdadero árbitro, fijando condiciones hasta entonces no especificadas para el ejercicio de un derecho. Así, diariamente el juez de menores, en nuestro país, dicta sentencias estableciendo el modo mediante el cual se ejercerá por parte de los padres divorciados, por parte de los tutores, por parte de los directores de establecimientos de enseñanza, la guarda, el cuidado y la instrucción de los niños. También frecuentemente, los jueces establecen cómo deben distribuírse los fondos hereditarios, cómo debe ejercerse la administración sucesoria, cómo debe cumplirse un legado, cómo deben custodiarse los despojos mortales de un familiar, etc.

En estos casos, el derecho preexiste, indudablemente, a la sentencia, y el juez se apresura a declararlo. Pero el fallo hace cesar su estado de indeterminación, sustituyéndolo por otro determinado y específico, regulando las formas concretas de su ejercicio.

202. SENTENCIAS CAUTELARES.

Junto a las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, la doctrina más reciente hace aparecer, como categoría autónoma de decisiones judiciales, a las resoluciones cautelares.

La terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se les llama, indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc.[88].

[87] Cfr. BETTI, *Efficacia della sentenza determinativa in tema di legati d'alimenti*, cit.

[88] Sobre este tema, ARTEABARO, *Medidas cautelares en el Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Santa Fe*, en "Boletín del Instituto de Derecho Procesal", Santa Fe, 1949, p 89; BREMBERG, *Tutela cautelar y prin-*

También es vacilante la doctrina en cuanto atañe al carácter autónomo de éstas. En tanto se sostiene, por una parte, que se trata de providencias constitutivas, se afirma, por otra, que se está en presencia de medidas de ejecución provisional, anticipada o preventiva. La tendencia más reciente parece inclinarse en favor de la autonomía de este tipo de resoluciones judiciales, las que vendrían a ampliar, así, por virtud de sus caracteres propios, la tradicional clasificación tripartita de resoluciones judiciales, con un cuarto término. A esta tendencia nos adherimos por nuestra parte.

Tampoco existe acuerdo sobre la extensión de los poderes del juez acerca de estas medidas. La doctrina más reciente ha comenzado a hablar de providencias cautelares *innominadas*[89], tema éste que, como se comprende, envuelve la cuestión más amplia de saber cuáles son los límites de la potestad judicial frente a esta clase de resoluciones.

---

cipio publicistico, en "La Ley", t. 75, p. 924; CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. esp., Buenos Aires, 1945; C. COLOMBO, *Intervención judicial. Nombramiento de interventor judicial como medida precautoria*, en "Rev. D. P.", 1945, II, p. 173; CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942; DOS REIS, *A figura do processo cautelar*, Lisboa, 1947; FREIRA, *El embargo en el juicio reivindicatorio de bienes muebles*, en "Rev. D. J. A.", t. 42, p. 117; GIGNOUX, *Les actions préventives*, Paris, 1935; GONZÁLEZ MULLIN, *Notas acerca del secuestro o embargo preventivo*, en "Rev. D. P. P.", t. 18, p. 67; IPUCHE, *Requisitos para el otorgamiento del embargo preventivo*, en "Rev. D. J. A.", t. 48, p. 163; OTTOLENGHI, *Medidas precautorias*, en *Estudios en honor de H. Alsina*; PITOD, *Intervención judicial en las sociedades anónimas*, en "J. A.", 1944-III, p. 630; PODETTI, *Las medidas cautelares y el embargo preventivo de la cosa litigiosa*, en "Rev. D. P.", t. 1, p. 138; SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 1941; SPOTA, *Medidas cautelares*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 653; VALCARCE, *Medidas cautelares*, en "Rev. D. E. esp.", 1947, p. 239; VIDELA ARANGUREN, *Régimen internacional de las acciones cautelares*, en "Revista Argentina de Derecho Internacional", 1944, p. 113; VIERA, *Las medidas de garantía y el embargo*, Montevideo 1949.

[89] APICELLA, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello, 1948; CALVOSA, *In tema di provvedimenti cautelari innominati*, en "Riv. D. P.", 1949, II, p. 210; CONIGLIO, *I provvedimenti cautelari innominati*, en "Foro Civile", 1949, p. 59.

Aclaremos, por último, que en nuestro derecho, ni una sola disposición ha dicho en forma *directa*, salvo los textos que rigen para el embargo preventivo y para el embargo ejecutivo, que los jueces puedan dictar providencias de esta índole.

Nos hallamos, como se comprende, frente a una serie de problemas de diversa entidad que corresponde examinar separadamente.

Respecto de la terminología cabe aclarar que la diferencia que pueda existir entre *providencias* y *sentencias* corresponde a las modalidades de cada derecho positivo. Dentro de nuestro derecho, las resoluciones que decretan medidas de garantía o de seguridad se dictan *inaudita altera pars*, en un procedimiento unilateral, de conocimiento sumarísimo y a petición de la parte interesada. Normalmente, al pie del petitorio recae la resolución judicial. Ésta asume, pues, dentro de la terminología de nuestro derecho[90], el carácter de una mere-interlocutoria. Pero si esa providencia fuere recurrida por la parte lesionada, la resolución del superior se produce luego de un procedimiento incidental. En consecuencia, la confirmación de la misma medida, con el mismo contenido cautelar, provendrá de una interlocutoria.

Dadas estas circunstancias, corresponde hablar, en términos generales, de *providencias*, vocablo que dentro de nuestro léxico legal abarca indistintamente a toda clase de resoluciones judiciales.

En cuanto atañe a su carácter dentro de la clasificación tradicional de las sentencias, cabe establecer que la providencia que concede tal medida puede ser, indistintamente, declarativa, de condena o constitutiva. La autonomía que se pueda dar a esta clase de providencias es una preocupación de escuela, más que de eficacia práctica. Autónoma o no autónoma, la providencia cautelar

[90] *Supra*, nº 189.

producirá los efectos declarativos, constitutivos o de condena que surjan de su propio contenido.

La doctrina se ha preocupado, reiteradamente, de clasificar providencias de esta índole. Por nuestra parte, creemos del caso ordenar los distintos contenidos de esta clase de resoluciones en los siguientes términos:

A) *Medidas de puro conocimiento.* Son aquellas que por sí solas no suponen medida alguna de coerción, teniendo por objeto tan sólo la declaración preventiva de un derecho. Por ejemplo, las diligencias preparatorias de la demanda conocidas habitualmente como declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad[91]; declaración anticipada de testigos; pericia de futuro[92]; encuestas de futuro[93]; ciertas sentencias declarativas del derecho angloamericano[94]; etc..

B) *Medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional.* Son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible: depósito de la cosa mueble; embargo del inmueble; interdicción del deudor; administración judicial de la comunidad o de la sociedad; etc.

C) *Medidas de tutela de la propiedad o el crédito.* Probadas *prima facie* la propiedad, la prenda, la hipoteca, la calidad de heredero, se dictan las medidas a simple requerimiento del titular, aun cuando ningún riesgo exista, como una consecuencia de los atributos propios del derecho real o de crédito: el embargo, el secuestro, la interdicción, etc.[95].

[91] Así, *La declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad*, en *Estudios*, t. 2, p. 261. También MACEDO, *Sentencias*, p. 340.

[92] Cfr. SENTÍS MELENDO, *La pericia "in futurum"*, en "Rev. D. P.", 1943, II, p. 256 y bibliografía allí citada.

[93] En este sentido, GIGNOUX, *Les actions préventives*, cit., p. 191.

[94] BORCHARD, *Declaratory judgments*, 2ª ed., Cleveland, 1941, p. 414, particularmente en el capítulo "Stabilization of future relations".

[95] Sobre este tema, ampliamente, QUINTEROS, *Medidas cautelares en la reivindicación y en la petición de herencia*, en "La Ley", t. 52, p. 921. También L. COLOMBO, *Intervención judicial*, en "Rev. D. P.", 1945, II, p. 143, y PROVINCIALI, *Il sequestro d'azienda*, Roma, 1948.

D) *Medidas de ejecución anticipada.* El embargo ejecutivo, aun seguido de una etapa de conocimiento[96], constituye una forma preventiva de la coacción, supeditada a lo que decida la sentencia.

E) *Medidas cautelares negativas.* En esta clase de providencias se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo surge de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen: p. ej., prohibición de innovar[97], ya sea en materia de derecho privado o de derecho público; prohibición del corte de árboles; prohibición de explotar una mina; prevención en las acciones de obra nueva; no alteración en el cumplimiento de los servicios públicos[98]; suspensión preventiva del acto administrativo[99]; etc.

F) *Medidas de contracautela.* Se comprenden en este rubro, aquellas providencias que disponen una medida de seguridad en defensa del deudor y no (a diferencia de las restantes) del acreedor. Así, las fianzas procesales requeridas para obtener un embargo preventivo, para ejecutar la sentencia dictada contra el rebelde, para evitar el embargo, etc.[100]

203. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Los poderes del magistrado para decretar medidas cautelares no han sido objeto, como decíamos, salvo al-

[96] *Infra*, nº 286.

[97] Ampliamente, sobre todo este tema, LINARES, *La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", 1943, nº 6, y REIMUNDÍN, *La prohibición de innovar en el estado de la cosa o derecho litigioso*, en "Rev. D. P.", 1943, II, p. 240.

[98] En este sentido, SPOTA, *Medidas cautelares*, cit., ps. 681 y ss.

[99] Así, nuestra ley 9515, de gobiernos locales, art. 67. También nuestro *Proyecto*, art. 485. Ampliamente, sobre todo este tema, LINARES, *La prohibición de innovar*, cit.

[100] Cfr. con amplitud de exposición, SOMARRIVA, *Tratado de las cauciones*. Santiago de Chile, 1943.

guna que otra situación especial, de previsiones expresas en nuestras leyes.

Sin embargo, reconstruyendo la línea general que surge de numerosos fallos judiciales y de su motivación, es posible fijar algunos criterios generales:

A) *Provisionalidad.* — Las medidas se decretan siempre mediante un conocimiento sumario, unilateral y, en consecuencia, provisional. Como consecuencia, siempre es posible modificar lo resuelto, ya sea a petición de parte, ya sea de oficio, ya sea por el superior mediante recurso, ya sea por el ofrecimiento de una contracautela, ya sea por desestimarse la demanda principal, etc. En estas providencias no puede hablarse de cosa juzgada. sino en sentido meramente formal[101].

B) *Accesoriedad.* — Las medidas cautelares sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal. Son forzosamente accesorias de éste. Por tal motivo, si el proceso principal no se promoviere enseguida, las providencias cautelares deben cesar[102].

C) *Preventividad.* — Las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante. Su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros, o, como se dice, siguiendo una frase feliz, "para evitar que la justicia, como los guardias de la ópera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde"[103].

D) *Responsabilidad.* — Las medidas cautelares se decretan bajo la responsabilidad del que las pide. El daño que causen indebidamente es de cargo de éste y no del

[101] Cfr., en este sentido, nuestra nota *Revocabilidad del embargo preventivo*, en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 74, y en *Estudios*, t. 3. Asimismo, ALSINA, *Tratado*, t. 3, p. 325; HALPERIN, notas a JOFRÉ, *Manual*, t. 4, p. 417; CALAMANDREI, *Introducción*, p. 90.

[102] C. P. C. urug., art. 842. Asimismo, CORNEJO, *El embargo preventivo y la acción inmediata*, en "Rev. D. P.", 1946, I, p. 123.

[103] CALAMANDREI, *Introducción*, cit., p. 140.

Estado. Dentro del derecho vigente no corresponde, en nuestro concepto, la llamada responsabilidad *objetiva*, vale decir, sin dolo o culpa del peticionante, sino la responsabilidad que nace del dolo, culpa o negligencia[104]. En el *Proyecto de Código* de 1945 hemos consagrado, por razones diversas, una solución diferente[105].

204. Efectos de la sentencia.

La sentencia tiene como efecto fundamental la producción de la cosa juzgada.

A tal punto este efecto es el más importante y significativo de todos, que más que de un efecto de la sentencia corresponde hablar de un efecto del proceso y de la misma función jurisdiccional. Es en ese sentido que se analiza la cosa juzgada en la tercera parte de este libro.

La mayor parte de los efectos de la sentencia se desplazan así, naturalmente, hacia el tema de la cosa juzgada, donde serán especialmente considerados. Pero existen, sin embargo, algunos problemas de carácter particular de la sentencia, con abstracción de sus efectos de cosa juzgada. Los más significativos de todos ellos se refieren a los efectos de la sentencia en el tiempo.

Este problema se conoce comúnmente con el nombre de *retroactividad de la sentencia* y consiste en determinar, fundamentalmente, si la sentencia produce efectos jurídicos para lo futuro (*ex nunc*) o si, por el contrario, existe la posibilidad de que los retrotraiga hacia lo

[104] Cfr. *supra*, nº 43, e *infra*, nº 223. Para el derecho argentino, además, este tema tiene una abundante literatura, tanto en doctrina como en jurisprudencia. Semon, *Responsabilidad por el ejercicio de acciones judiciales*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos. Aires", y reproducido en "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 232; véase Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 2, p. 433. Para nuestra jurisprudencia, el excelente fallo publicado en "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 159.

[105] Tal cosa acontece por las razones dadas en la Exposición de Motivos, p. 120.

pasado (*ex tunc*). Y en el caso de que llegara a admitirse que los efectos retroceden hacia lo pasado, se plantea todavía la cuestión de si el punto de partida será el día de la demanda o el día en que se produjeron los hechos que han dado motivo al juicio. También surge el problema denominado prescripción de la sentencia.

Los examinaremos separadamente.

La distinción entre sentencias declarativas, de condena y constitutivas tiene considerable influencia en materia de retroactividad.

Con las rectificaciones que habrán de formularse frente a cada situación particular, podría desde ya anticiparse la fórmula de que las sentencias declarativas retrotraen sus efectos hacia lo pasado; que las sentencias de condena los retrotraen hasta el día de la demanda; y que las sentencias constitutivas no tienen efecto retroactivo.

Esta fórmula es, apenas, un esquema que requiere mayor desarrollo, pero que recoge, en línea general, la solución aplicable a cada uno de los tipos de sentencia.

205. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS.

Los efectos de las *sentencias declarativas* tienen una retroactividad que podría considerarse total

Si el fallo se limita a declarar el derecho, su función resulta meramente documental: el derecho antes incierto se hace cierto y adquiere en la sentencia una prueba perfecta de su certidumbre. La sentencia no afecta el derecho en ningún sentido; queda tal como estaba, con la sola variante de su nueva condición de indiscutible asegurada mediante una prueba perfecta que, en determinados casos, hasta llega a producir efectos *erga omnes*.

Siendo así, cuando la sentencia no altera la sustancia del derecho, corresponde admitir que éste queda,

luego del fallo, tal como estaba antes de que se interpusiera la demanda[106].

En todo caso, podría admitirse, como se ha sostenido alguna vez[107], que la retroactividad se produce con referencia al día de la demanda o de su notificación: pero esto no por estricta lógica, sino porque el actor lo pide o porque puede suponerse que su interés jurídico en la declaración sólo existe desde ese momento.

La sentencia, en ese caso, se limitaría a satisfacer el interés jurídico del actor a partir del momento en que éste lo evidencia y lo reclama.

En el ejemplo propuesto de la prescripción adquisitiva, lo único que hace la sentencia es declarar la existencia de un anterior estado de hecho y de sus consecuencias de derecho; cuando el juez declara que el actor ha poseído treinta años y ha adquirido el dominio por prescripción, pone virtualmente las cosas en el estado en que estaban en el instante mismo en que se consumaba esa prescripción. La declaración del juez vale tanto como si hubiera sido dictada en el instante preciso en que se cumplieron los treinta años de posesión. La retroactividad de la sentencia declaratoria, en cuanto declaración, es, pues, absoluta, con relación al instante de adquisición del derecho declarado.

En la aplicación de este principio, la jurisprudencia ha sido siempre equívoca y vacilante. Frecuentemente otorga carácter declarativo a sentencias de condena o a sentencias constitutivas, por falta de una distinción precisa entre lo declarativo y lo ejecutivo o constitutivo de la sentencia. Tal como se acaba de anotar, toda sentencia contiene un elemento declarativo. Ese elemento haría pensar en una retroactividad absoluta (esto es, hasta los hechos, o sea hasta antes de la demanda) de los efectos del fallo; pero esto no es así: la sentencia es retroactiva

[106] Así, con excelente fundamentación, MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, 1949.

[107] "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 307.

en absoluto, en cuanto a la mera declaración; pero sus efectos de condena o de constitución de efectos jurídicos nuevos se retrotraen sólo hasta la demanda y en algunos casos no se retrotraen.

206. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA.

La situación que surge en las *sentencias de condena* adquiere características especiales.

También en lógica estricta, debería admitirse que cuando una sentencia condena a la reparación de un derecho lesionado, a pagar una suma debida, a reintegrar una cosa ajena, a suministrar alimentos al necesitado, la retroactividad sea completa.

Ya que el proceso consume un tiempo considerable, es natural que ese tiempo no perjudique a quienes tienen razón[108].

Si la sentencia que condena a reparar el daño causado por el hecho ilícito, no condenara al pago de los intereses, como lo ha sostenido una abundante jurisprudencia[109], la indemnización podría llegar a pagarse sin desembolso de capital por parte del deudor: si el proceso durara varios años, la deuda podría satisfacerse solamente con los intereses del capital adeudado. Si los alimentos se suministraran sólo a partir de la demanda, sin retrotraerse hasta el momento del desamparo material por parte del obligado, siempre habría un enriquecimiento del deudor a costa del acreedor[110]. Si la restitución de la cosa ajena se hace reintegrando los frutos sólo a partir del día de la demanda, siempre ocurrirá que existe un largo período de tiempo en que los frutos,

[108] "Rev. D. J. A.", t. 3, p. 314; "L. J. U.", t. 1, caso 309. CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 1, nº 34.

[109] "Jur. A. S.", t. 8, caso 2282, y t. 62, nº 12.908.

[110] Ampliamente sobre este punto, *Desde cuándo obliga la sentencia de alimentos*, en "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 307.

que fueron siempre del propietario del fundo, habrían aprovechado al usurpador y no al dueño del bien.

La conclusión estrictamente lógica sería, pues, que la sentencia de condena aparejara una reintegración completa del derecho lesionado: que la herida sufrida por el patrimonio se cicatrizara de tal manera que se hiciese absolutamente imperceptible.

Pero esta conclusión lógica choca contra disposiciones especiales que, normalmente, dan preferencia al día de la demanda como punto de partida de la reparación. Así, por virtud de textos legales expresos, los intereses de las cantidades ilíquidas se deben por la suma que resulte líquida, desde el día de la demanda[111]; los frutos de la cosa reivindicada se deben desde la contestación de la demanda si el poseedor lo fuese de buena fe[112]; nuestra jurisprudencia declara que los alimentos se deben desde el día de la demanda[113] y que en las condenas de daños y perjuicios los intereses también se adeudan desde la demanda[114]; etc.

En ciertos casos, ante una solución legal expresa, debe ceder la conclusión estrictamente lógica. En todos esos casos, parece también darse preferencia a la voluntad del actor, admitiendo la ley o los jueces, aun contra suposiciones completamente simples, que el acreedor sólo tiene interés en la reparación a partir del día en que se decide a interponer la demanda[115]. Se sostiene,

[111] Uruguay, C. C., art. 2214; C. Com., art. 708.

[112] Uruguay, C. C., art. 694; para los fundamentos, Guillot, *Comentarios*, 2ª ed., t. 5, p. 365; Lagarmilla, *Las acciones...*, cit., p. 150.

[113] "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 307, con abundante jurisprudencia en el sentido indicado.

[114] "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 11, con nota de Arrosa, *Los intereses en la condena de daños y perjuicios*. Posteriormente, "Rev. D. J. A.", t. 46, p. 8. Para la jurisprudencia argentina, la prolija reseña de Fernández Gianotti, *La condena con intereses y la liquidez de las deudas en las obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero*, en "J. A.", t. 53, p. 724. Posteriormente, Arecha, *Aplicación de intereses en las demandas por cantidad ilíquida*, en "J. A.", t. 70, p. 806; Orgaz, *Los intereses en los daños y perjuicios*, en "La Ley", t. 69, p. 763.

[115] Pirson y Deville, *De la responsabilité civile*, nº 221.

asimismo, que los intereses tienen un carácter moratorio y no compensatorio[116], con lo cual no se consigue explicar a qué título el deudor se beneficia con los intereses trascurridos durante el largo período de gestiones privadas que preceden a toda demanda[117].

Pero conviene repetir que sólo frente a textos expresos de la ley, apoyados más que otra cosa en razones de equidad, pero no en argumentos de justicia estricta, la conclusión puede ser diferente.

207. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.

En las *sentencias constitutivas* los efectos se proyectan hacia lo futuro y no hacia lo pasado.

En las sentencias constitutivas el estado jurídico nace en función de la sentencia y es a partir de ella que surgen los efectos. Así, el contrato de arrendamiento rescindido por sentencia judicial, se supone subsistente hasta el día del fallo e inexistente a partir de él. La sentencia que decreta el divorcio dirige sus efectos hacia lo porvenir, sin que pueda suponerse que el matrimonio disuelto por el fallo se hallaba realmente disuelto desde el día de la demanda. El régimen de educación y de guarda de los hijos se cumple en lo futuro y no en lo pasado[118].

Lo que ocurre en esta materia y que ha sido causa de frecuentes equívocos es que la sentencia constitutiva, como la de condena, contiene, como se ha dicho, una

[116] MAZEAUD, *Responsabilité civile*, t. 3, ps. 2246 y ss., pero llegando a la solución aquí preconizada. Cfr., sin embargo, ARROSA, *op. cit.*, p. 12. Asimismo, SPOTA, *¿Desde cuándo corren los intereses en materia de indemnización por actos ilícitos?*, en "J. A.", t. 76, p. 1012.

[117] Pero en "Rev. D. J. A.", t. 42, p. 208, se sostiene, con fundamento, que los intereses de una suma líquida fijados por sentencia, se deben desde la fecha de ésta, aun cuando en ella no se hubiese hecho condenación expresa de tales intereses.

[118] Una sustancial variación de la jurisprudencia argentina sobre este punto ha dado motivo a la nota de SALAS, *Desde cuándo surte efectos la sentencia que declara disuelta la sociedad conyugal*, en "J. A.", 1955-I, p. 72.

parte declarativa. Y es, justamente, en función de esa parte declarativa que sus efectos se retrotraen hacia lo pasado.

Así, la sentencia de alimentos se descompone virtualmente en tres partes: una de carácter declarativo, en la cual el juez reconoce el título del actor (parentesco, contrato, testamento, etc.) y lo declara apto para obligar al deudor; otra parte constitutiva (esto es, determinativa) del *quantum* de la pensión alimenticia adeudada; y una última parte de condena, en la cual, concretamente, impone al deudor la prestación y asegura la vía ejecutoria al acreedor. La tesis de que los alimentos sólo se deben desde la sentencia, sustentada alguna vez[119], descansa en el error de dar carácter principal a la parte constitutiva de la sentencia; la tesis de que la sentencia retrotrae sus efectos al día de la demanda, pone en primer término el carácter de condena que tiene la decisión[120]; la tesis de que los efectos deben retrotraerse hasta el día en que los alimentos dejaron de prestarse, correspondiendo la restitución total de lo adeudado, descansa sobre la suposición, absolutamente lógica y fundada, de que si el acreedor necesitaba realmente los alimentos y no los reclamaba por imposibilidad material de hacerlo, ese hecho no puede beneficiar al obligado[121].

Otro tanto sucede con las sentencias de divorcio, de filiación, de insania, de pérdida de la patria potestad, etc. En todas ellas interfieren elementos declarativos y constitutivos (y eventualmente de condena) cuyos efectos tienen distintos puntos de partida.

La dificultad en determinar con exactitud el carácter de cada uno de esos elementos, no puede ser obstáculo para distinguir, con la máxima precisión posible, sus efectos respectivos, sin hacerlos interferir unos con

[119] "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 311. Discordia del ministro doctor Abadie Santos, en "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 307.

[120] Cfr. los casos publ. en "Rev. D. J. A.", t. 39, ps. 314 y 316.

[121] Así, "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 310, y el fallo del Tribunal Civil del Sena ya citado, publ. en "Rev. T. D. C.", 1938, p. 779.

otros. En todo caso ello significará una mayor fatiga para el intérprete y más de una vez motivará serias dificultades. Pero en todo caso una operación de esa índole es indispensable antes de dar la solución concreta.

208. PRESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA.

Dentro de los problemas de la eficacia del fallo, debe tenerse una consideración final para el que se conoce habitualmente con el nombre de prescripción de la sentencia[122].

Este tema sólo puede ser considerado con referencia a los términos del derecho positivo dentro del cual se plantea. Muchos de sus equívocos actuales consisten en tratarlo en términos puramente doctrinales, acudiendo a conceptos del derecho romano, como el de *novación* o de *actio judicati*, insubsistentes en el derecho moderno. La solución que se dé para un país, puede ser improcedente en otro contiguo.

Cuando se medita acerca de la naturaleza de la sentencia tal como lo hemos hecho en las páginas precedentes, se advierte que su carácter constitutivo o creativo no alcanza a la naturaleza de los derechos que el fallo atribuye a las partes.

No puede hablarse, dentro del derecho moderno, de novación o sustitución de un derecho por otro[123]. Una

[122] Sobre este tema, ACUÑA ANZORENA, *Sentencia firme y actio judicati*, en "La Ley", t. 17, p. 283; ARROSA, *Prescripción y sentencia*, en "Rev. D. J. A.", t. 38, p. 199; LASCANO, *Cosa juzgada y prescripción*, en "Rev. J. C.", 1949, nº 9, p. 5; SOARES DE FARIA, *Da prescrição da sentença e sua execução*, en "Rev. da Faculdade de Direito", São Paulo, t. 36, p. 106; VACA NARVAJA, *La sentencia como fuente de una nueva acción: la actio judicati. Su término de prescripción*, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Córdoba", 1938. Un resumen de jurisprudencia argentina en *Prescripción de la "actio judicati"*, en "La Ley", t. 66, p. 554. Exhaustivamente, LIEBMAN, *Execução e processo*, en *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, 1947, p. 56.

[123] COLMO, *De las obligaciones*, nos. 33, 493, 635, 732 y 942; LASCANO, *Cosa juzgada y prescripción*, cit., p. 13; AMÉZAGA, *Culpa contractual*, p. 335.

sentencia pronunciada acerca del estado civil, no opera ninguna novación respecto del derecho invocado en la demanda. Una pretensión de derecho cambiario, sigue siendo cambiaria luego de la sentencia.

La sentencia que desestima la demanda, nada innova respecto *del contenido* del derecho debatido en el proceso; innova en cuanto a *su eficacia,* certidumbre e imperatividad. Pero esto atañe, decimos, a la certeza del derecho; no a su naturaleza.

Siendo así, el problema atinente al plazo de la prescripción debe apoyarse sobre la naturaleza misma del derecho debatido, dentro de los términos que la ley establezca.

En el derecho uruguayo, la solución ha sido claramente dada por los arts. 1216, 1220 y 1226, C. C.

Según la primera de dichas disposiciones, toda acción (derecho) personal por deuda exigible se prescribe en veinte años; la segunda disposición establece que el término "comienza a correr" (la ley no dice "vuelve a correr") desde que la sentencia causó ejecutoria; y la última de dichas disposiciones establece que la prescripción que había comenzado a correr a partir del momento en que el actor pudo haber promovido demanda, dejará de correr cuando "hubiere mediado emplazamiento judicial, en cuyo caso se observará lo dispuesto en el art. 1216".

Con arreglo a estos textos, el plazo de prescripción comienza a correr desde el instante en que el actor puede demandar; se interrumpe por el emplazamiento judicial; y comienza a correr de nuevo por un término de veinte años, sin descuento del término corrido con anterioridad al emplazamiento, a partir del momento en que la sentencia causó ejecutoria[124].

[124] Confróntese esta solución con la de AMÉZAGA, *Culpa contractual,* cit., p. 342, y ARROSA, *Prescripción y sentencia,* cit., p. 199. Una solución correcta, con dudosa motivación, en "L. J. U.", 3070.

Se ha dicho[125] que esta solución consagra la perpetuación del litigio.

Pero una crítica de esta índole no cabe cuando los términos del derecho positivo son tan claros como los nuestros. La queja, en un caso como éstos, debe formularse ante el senado y no ante el pretorio.

125 LIEBMAN, *Execução e sentença*, cit., p. 56, se hace cargo de esta objeción.

PARTE TERCERA

EFICACIA DEL PROCESO

Esta proposición referente a la apelación es válida para todos los recursos procesales.

Recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se re-corre el proceso.

La tercera y última parte de este libro tiene por objeto examinar la eficacia de la sentencia, comenzando por la situación jurídica particular que en esa misma eficacia provoca la interposición y tramitación de los recursos.

§ 1. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA SENTENCIA

210. INEFICACIA PROVISIONAL DE LA SENTENCIA.

Dictada y notificada la sentencia de primera instancia, se abre una nueva etapa del procedimiento, durante la cual ella queda a merced de la impugnación de las partes.

Esa posibilidad de impugnación consiste en la facultad de deducir contra el fallo los recursos que el derecho positivo autoriza. Esos recursos son de tal vastedad y variedad en el derecho hispanoamericano, que hacen dificultosa toda sistematización.

Entre los numerosos recursos del derecho procesal hispano-americano, deben destacarse por su importancia el de apelación y el de nulidad. Ambos aparecen en muchos de los sistemas vigentes en nuestros países, y se hallan orientados hacia la corrección de las principales desviaciones que pueden advertirse en las sentencias.

Conviene anticipar que estos recursos son procedimientos técnicos de revisión surgidos a raíz de la im

pugnación formulada por la parte lesionada. Ésta, *tacha* a la sentencia de injusta o de nula. A partir de ese instante, el fallo queda provisionalmente privado de sus efectos.

Esa etapa de provisionalidad es connatural con los procedimientos de impugnación, y sólo en casos excepcionales es posible prescindir de la suspensión de los efectos del fallo impugnado.

211. Sentencia sometida a impugnación.

La impugnación del recurrente apareja, decíamos, la suspensión de los efectos de la sentencia. De esta suspensión surge un estado de cosas de tal manera complejo que la doctrina ha tenido que acudir a no menos de cinco opiniones para interpretarlo[2]:

1º) acto sometido a condición resolutoria (Mortara, Kohler);

2º) no es verdadera sentencia, sino acto que puede devenir sentencia (Chiovenda);

3º) es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia (Rocco);

4º) es un acto imperativo, aunque no inmutable (Carnelutti);

5º) es un acto sometido a condición suspensiva (Vassalli, Calamandrei).

Por nuestra parte consideramos que el problema de la sentencia pendiente de recurso no es uno sino múltiple y que sólo puede ser resuelto considerando por separado las distintas situaciones.

Debe comenzarse por colocar en primer término la situación de la sentencia durante el plazo dentro del cual

[2] Cfr. sobre todo este problema: Pavanini, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937; Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili*, cit., p. 383; Nevares, *Los tribunales de alzada frente a la relación procesal*, en "J. A.", 1946-II, p. 123; L. Colombo, *Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*, en "Rev. D. P.", 1947, I, 4, p. 88; asimismo, nuestro trabajo *Naturaleza jurídica de la sentencia de segunda instancia*, en *Estudios*, t. 3.

las partes pueden interponer los recursos (cinco días, en nuestro derecho). Dentro de este plazo, la sentencia es un acto jurídico sometido a condición suspensiva. Si el recurso no fuere interpuesto, la condición no se cumple y el acto se considera puro y simple desde el día de su otorgamiento. Así, para utilizar un ejemplo que en otra oportunidad nos ha servido para examinar este tema[8], si un inmueble fuere adquirido por uno de los cónyuges inmediatamente después de la sentencia de divorcio, dentro del término dado para apelar, ocurriría que pertenece a la sociedad conyugal si la sentencia fuere apelada y al cónyuge que lo adquirió si no se dedujere recurso contra la sentencia.

Hecha esta distinción preliminar, debe distinguirse ahora la situación del fallo cuando se ha interpuesto el recurso de apelación. En este caso la sentencia no es, por sí misma, un acto perfecto. Constituye una sola de las dos o más etapas en las cuales se desarrolla la obra de la jurisdicción. Como numerosos actos del derecho privado (p. ej., contratos de los incapaces) o del derecho público (p. ej., tratados internacionales) la unidad sólo se logra mediante el acuerdo doble de la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria. La voluntad originaria, por sí sola, no completa el acto; la voluntad confirmatoria, por sí sola, sin el antecedente de la voluntad originaria, tampoco constituye el acto. Sólo la voluntad originaria y la confirmatoria lo completan.

De aquí surge que cuando el fallo de primera instancia resulta confirmado, la función jurisdiccional sólo puede darse por cumplida a partir de la sentencia de segunda instancia. Hasta ese momento sólo existe la voluntad originaria; y sólo a partir de él se reúnen ambas voluntades necesarias para completar el acto jurídico. En el ejemplo ya dado, el inmueble adquirido durante el curso de la segunda instancia, pertenece a la sociedad conyugal y no al cónyuge que lo adquirió. No puede

[8] *Naturaleza jurídica de la sentencia de segunda instancia*, en *Estudios*, cit.

hablarse de retroactividad de los efectos del fallo de segunda instancia hacia la fecha del fallo de primera[4].

Así planteadas las cosas, debe tenerse una consideración especial para el caso de que la sentencia de segunda instancia fuere revocatoria. En este caso son mas claros aún los efectos constitutivos del fallo de segunda instancia. Nada hay de la sentencia de primera instancia que pertenezca a la de segunda, ya que los resultados de ambas son opuestos. Solamente debe subrayarse el carácter *necesario* de la sentencia de primera instancia (sea cual fuere su conclusión) para la producción de la cosa juzgada. Los efectos se producen aquí, inequívocamente, a partir de la sentencia de segunda instancia, o eventualmente de tercera en los casos en que el derecho positivo, tal como ocurre en nuestro país, autoriza esta nueva instancia.

Para concluír, debe, todavía, distinguirse la naturaleza de la sentencia sometida a recurso, cuando la impugnación no se refiere al mérito de la sentencia, como acontece en la apelación, sino a la forma, como sucede en el recurso de nulidad.

En este caso, la situación varía. El acto impugnado queda sometido a revisión en cuanto a su validez externa, no en cuanto a su contenido intrínseco. Si la impugnación fuere infundada, el contenido queda intacto y no depende para nada de la sentencia de segunda instancia. Los efectos del fallo de primera instancia, quedan, pues, sometidos a condición suspensiva durante la segunda instancia; y rechazado el recurso, cesan los efectos suspensivos, adquiriendo el acto el carácter de puro y simple desde la fecha de su expedición. Siguiendo siempre con el ejemplo del inmueble adquirido durante el término de la segunda instancia, sería forzoso concluír que él pertenece al cónyuge que lo adquirió. Rechazada la nulidad, los efectos de la sentencia de segunda instancia no son constitutivos, sino declarativos. Las cosas se rein-

[4] "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 188.

tegran a su primitivo estado, tal como se hallaban antes de la impugnación.

Si, por el contrario, la sentencia de segunda instancia anulara la sentencia anterior, sus efectos son constitutivos y la invalidez del fallo supone reintegrar las cosas al estado que tenían antes de ser éste dictado. El inmueble del ejemplo, pertenecería a la sociedad conyugal y se reputaría adquirido durante la primera instancia del juicio de divorcio, esto es, durante la vigencia de la sociedad.

Nos permitimos considerar que, por las razones dadas, el problema de la naturaleza de la sentencia sometida a impugnación no es uno, sino múltiple; y que sus soluciones sólo pueden darse analizando separadamente las situaciones diversas. En todo caso, esas conclusiones quedan también subordinadas a cuanto habremos de exponer más adelante, al referirnos a la naturaleza de la segunda instancia dentro de nuestro derecho[5].

212. "ERROR IN JUDICANDO" Y "ERROR IN PROCEDENDO".

Antes de entrar al estudio de los recursos de apelación y nulidad, es menester considerar, todavía, en qué puede consistir la tacha o impugnación.

El juez puede incurrir en error en dos aspectos de su labor. Uno de ellos consiste en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de las partes o por error propio, puede con ese apartamiento disminuír las garantías del contradictorio y privar a las partes de una defensa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse. Se le llama tradicionalmente *error in procedendo.*

El segundo error o desviación no afecta a los medios

[5] *Infra,* nº 220.

de hacer el proceso, sino a su contenido. No se trata ya de la forma, sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable. Puede consistir, asimismo, en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo[6]. La consecuencia de este error no afecta a la validez formal de la sentencia, la que desde ese punto de vista puede ser perfecta, sino a su propia justicia. Se le llama, también tradicionalmente, *error in judicando*.

Se ha sostenido agudamente que la distinción entre el error *in procedendo* y el error *in judicando* no existe. La sentencia injusta no lo es por falsa aplicación de *la ley sustancial*, sino por no aplicar *la ley procesal* que obliga a juzgar según el derecho vigente. En suma, que se trata siempre de error en el procedimiento y no en cuanto al fondo del conflicto[7].

Esta sutil distinción significa volver a poner en debate un tema que fue motivo de equívoco en todo el período de nuestra codificación y del que muy pocos códigos americanos vigentes parecen estar inmunes: los límites entre el fondo y la forma en la actividad jurisdiccional.

Nadie duda de que cuando el juez omite, p. ej., el emplazamiento del demandado, incurre en un error de forma. El vicio de forma consistente en la omisión del emplazamiento crea un grave peligro jurídico: a raíz de esa omisión puede ser condenado un demandado que ya había pagado su deuda; pero también puede ocurrir lo contrario: que el juez halle en los autos la prueba del pago y absuelva al demandado. El error, entonces, ha carecido de trascendencia. Viceversa: puede el proceso

[6] *Supra*, nos. 180 y ss.

[7] BELING, *Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren*, en "Festschrift für Binding", Leipzig, 1911, t. 2, ps. 87 y ss., refutado por CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in judicando ed error in procedendo*, en *Studi*, I, p. 213.

ser realizado a través de todas las formas dadas por la ley procesal del tiempo y del lugar, y hallarse desde ese punto de vista en forma perfecta. Pero si el juez erró al leer, o al razonar o al decidirse por la ley aplicable, la sentencia, aunque válida en su sentido formal, puede ser injusta en su contenido sustancial.

La pretendida unidad del error descansa en la afirmación de que no hay más que un destinatario de la norma legal: el juez, y creer que a él va dirigida la ley, para que la aplique en los conflictos concretos que se le someten. Pero esto no es así. El juez no es ni siquiera el destinatario de la ley procesal, ya que el impulso y la forma del proceso lo dan tanto las partes como él. Destinatarios del derecho son todos los habitantes de un país a quienes éste es aplicable. El juez, como tal, no es destinatario sino intermediario entre la norma y los sujetos de derecho.

Lo que en realidad es verdaderamente arduo, es fijar la zona limítrofe entre el fondo y la forma, ya que en derecho, como reza el aforismo clásico, muchas veces la forma determina el fondo de los actos. Pero en las zonas que se van alejando de esa línea limítrofe, las categorías se van haciendo más y más claras y la distinción más perceptible.

Entonces comienza a advertirse con suficiente nitidez que el error *in judicando*, cuya consecuencia natural, como se ha dicho, es la sentencia injusta, constituye lo que en nuestro derecho se llama, con una palabra de absoluto casticismo, *agravio*. Y que la sentencia que es fruto de error *in procedendo* constituye lo que se conoce en todos los órdenes del derecho con el nombre de *nulidad*.

213. AGRAVIO Y NULIDAD.

El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral. El litigante a quien la sentencia per-

judica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a *expresar agravios.*

El recurso dado para reparar los agravios es, pues, *la apelación.* Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio.

La *nulidad,* por su parte, es la desviación en los medios de proceder. Esos medios de proceder no son nunca, como su nombre lo indica, fines en sí mismos, ya que el procedimiento por el procedimiento no se concibe. Sólo se concibe como posibilidad formal de obtención de ciertos fines. El recurso dado para reparar la nulidad es la *anulación.* Pero en la terminología habitual de nuestros países no se utiliza esta palabra sino, simplemente, la de *recurso de nulidad.* Se denominan del mismo modo el vicio y el modo de repararlo; el mal y el remedio.

Pero las posibilidades de reparación, que son generales en todo el sistema del derecho, asumen en materia procesal características especiales.

Los actos jurídicos, en general, son susceptibles de revocación o de modificación cuando se advierte que no responden a las exigencias económicas o sociales del tiempo y del lugar. Un contrato que no funciona bien se rescinde y se sustituye por otro; un reglamento que no satisface se deroga y se reemplaza por otro mejor; una ley inadaptada a las necesidades actuales, se deroga y se sanciona otra en su lugar. Por la misma línea de razonamiento, una sentencia que no satisface la necesidad de justicia, debe sustituírse por otra que la satisfaga.

Pero la naturaleza especial de la sentencia reclama un nuevo elemento: la necesidad de certeza.

Efectivamente, conviene que las sentencias sean justas; es la única manera de que la actividad jurisdiccional no sea una fórmula sin sentido. Por necesidad de justicia, sería menester dejar el proceso siempre abierto a una posibilidad de renovación y otorgar una serie ilimitada (ilimitada en cuanto a las formas y en cuanto

al tiempo de interposición) de recursos, con el objeto de reparar los vicios que con el andar del tiempo puedan hallarse en la sentencia.

Pero al lado de la necesidad de justicia aparece la necesidad de firmeza. La necesidad de firmeza exige que se declare de una vez por todas cuál es la justicia, o sea cuál es el derecho que el Estado reconoce.

Todo el problema de los recursos no es otra cosa que una pugna entre ambas exigencias. Las sentencias deben ser justas, pero una forma de injusticia consiste en que se invierta la vida entera para llegar a la sentencia definitiva.

214. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS RECURSOS.

Es curioso comprobar cómo esta lucha entre la justicia y la certeza de la sentencia es casi una lucha histórica. En un primer momento, en una concepción muy rudimentaria de la justicia, como la del proceso germánico primitivo, con una acentuada tonalidad religiosa, el fenómeno de los recursos no se concibe, porque el juicio es una expresión de la divinidad y tiene el carácter infalible de ésta. Pero cuando el proceso se hace laico, van surgiendo los recursos como medios de revisión de la sentencia, que no tiene ya por qué considerarse infalible.

El antiguo proceso español tenía en este sentido un ansia ilimitada de justicia. La cosa juzgada era tan débil que siempre existía la posibilidad de un nuevo recurso. Su fórmula era próxima a la que rige actualmente en el juicio penal, en el que la aparición de un elemento de juicio decisivo permite la reapertura del proceso.

En el derecho del coloniaje, el recurso de apelación contra los fallos dictados en el Virreinato del Río de la Plata podía deducirse dentro del plazo de un año de dictada la sentencia[8]; y esto, no en razón de la distancia

[8] *Leyes de Indias*, edic. Bibl. Judicial, Madrid, 1889, t. 6, ps. 202 y 205.

que separaba un tribunal de otro, como cuando los asuntos debían ir a La Plata (Charcas, en Bolivia)[9], o a Sevilla, porque entonces se usaba la fórmula de que la queja debía despacharse por el primer correo, sino porque ningún apremio existía en acelerar la justicia cuando estaba de por medio su efectividad.

De ese régimen emana el derecho vigente en América que mantiene todavía, en muchas legislaciones, el sistema de las tres instancias y del recurso extraordinario, heredero este último del de *mil y quinientas*, importe de la suma que debía depositarse para afianzar su resultado.

Pero a medida que pasa el tiempo, se va restringiendo la posibilidad de recurrir. En nuestro país, toda la legislación posterior a la codificación de 1879 no es otra cosa que un proceso de supresión y cercenamiento de los recursos tradicionales[10]. La tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del juez, y disminuír el número de recursos: es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta[11].

215. LOS RECURSOS EN EL PROCESO DISPOSITIVO.

Es necesario, todavía, señalar con más nitidez algunos aspectos de la noción que se viene desenvolviendo.

[9] IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, Buenos Aires, 1938, p. 12.

[10] Una enumeración de las leyes que han suprimido la tercera instancia, con posterioridad a la codificación, aparece en *El divorcio por voluntad de la mujer*, Montevideo, 1931, p. 186. Con posterioridad a esa fecha, el proceso de supresión se ha acelerado con la sanción del Código de Organización de los Tribunales y con la ley 9594, llamada "de abreviación de los juicios".

[11] Para las legislaciones más recientes, cfr. *Relazione* del Código italiano de 1940, p. 10; *Exposição de Motivos* del Código brasileño de 1939; *Anotaciones al Código de Procedimientos de la Provincia de Santa Fe*, de CABAL y ATIENZA, Rosario, 1940, p. XI. También la "Exposición de Motivos" de nuestro *Proyecto*, ps. 60 y ss. Pero en éste, por razones que allí se explican, hemos mantenido la tercera instancia.

Los recursos son medios de revisión; pero esos medios de revisión tienen en nuestro sistema, de carácter acentuadamente dispositivo, dos características que conviene no perder de vista.

La primera es que son medios de fiscalización confiados a la parte; el error de procedimiento o el error de juicio, sólo se corrigen mediante requerimiento o protesta de la parte perjudicada. Si ésta no impugna el acto, el vicio queda subsanado. El consentimiento en materia procesal civil purifica todas las irregularidades[12]. Sólo la impugnación oportuna del recurrente puede hacer mover los rodajes necesarios para obtener la enmienda o subsanación.

La otra característica, complementaria, es la de que los recursos no son propiamente medios de subsanación a cargo de la parte, sino que son medios de subsanación que funcionan por *iniciativa de la parte y a cargo del mismo juez* (reposición) o *de otro juez superior* (apelación, nulidad).

La parte lesionada se limita generalmente a una simple acusación: acusa o tacha la sentencia de injusta o de nula. De allí en adelante, la anulación o la revocación no serán actos de parte, sino actos del mismo o de otro juez. La parte destaca los vicios de la sentencia para que sean los propios órganos del Poder Judicial quienes los corrijan.

Dentro de los principios esquemáticamente expuestos, se desenvuelve el tema de la revisión de la sentencia. Una exposición de los aspectos particulares de cada uno de esos medios de impugnación significaría dar al argumento una extensión superior a la consentida por el plan de este libro. Por ese motivo se eligen los dos recursos de más amplia significación en el derecho de nuestros países, la apelación y la nulidad, para exponer las nociones fundamentales que rigen esta materia.

[12] *Infra*, nº 255.

§ 2. EL RECURSO DE APELACIÓN *

216. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS.

La apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior[13].

Se distinguen en este concepto tres elementos. Por un lado *el objeto* mismo de la apelación, o sea el agravio y su necesidad de reparación por acto del superior. El acto provocatorio del apelante no supone, como se verá, que la sentencia sea verdaderamente injusta: basta con que él la considere tal, para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia. El objeto es, en consecuencia, la operación de revisión a cargo del superior, sobre la justicia o injusticia de la sentencia apelada.

Por otro, *los sujetos* de la apelación. Este punto tiene por objeto determinar quiénes pueden deducir recurso, y quiénes no pueden deducirlo; en términos técnicos, quiénes tienen legitimación procesal en la apelación. El recurso interpuesto por quien carece de legitimación no

* BIBLIOGRAFÍA: BECEÑA, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en "Rev. D. P.", 1933, p. 67; BELLAVITIS, *Sui limiti del concetto di doppio grado di giurisdizione*, en "Riv. D. P. C.", 1931, II, p. 3; CAZENAVE, *Recurso de alzada en las leyes de previsión social*, en "Der. del Trabajo", Buenos Aires, abril 1948, p. 171; A. A. COSTA, *El recurso de apelación*, en "La Ley", t. 12, p. 1194, y luego en un volumen póstumo, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950; CREPON, *De l'appel en matière civile*, Paris, 1888; D'ONOFRIO, *Appello civile*, en el "N. D. I."; FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, 1881; JOFRÉ, *Doctrina de la doble instancia*, en "J. A.", t. 1, p. 131; MORTARA, *Appello civile*, en el "Digesto Italiano"; PASINI COSTADOAT, *Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1946; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.

[13] Uruguay, art. 654; Bolivia, 682; en sentido semejante, Ecuador, 343; México, 688, D. F.; 231, Fed.

surte efectos, ya que, como acaba de verse, la apelación sólo funciona a propuesta de parte legítima.

En último término, *los efectos* de la apelación. Interpuesto el recurso se produce la inmediata sumisión del asunto al juez superior (efecto devolutivo). Pero en la previsión natural de que la nueva sentencia pudiera ser revocatoria de la anterior, normalmente se suspenden (efecto suspensivo) los efectos de la sentencia recurrida. El problema de los efectos de la apelación trae aparejada, también, la cuestión ya examinada[14] de saber cuál es la condición jurídica de la sentencia recurrida, en el tiempo que media entre la interposición del recurso y su decisión por el superior.

217. Los problemas de la apelación.

Las páginas que siguen habrán de considerar tan sólo aquellas cuestiones cuya dilucidación tenga contacto directo con las nociones fundamentales del recurso de apelación.

Han de quedar, necesariamente, fuera del estudio, todas aquellas otras que son inherentes a su técnica. Así, especialmente, los problemas de sus diversas formas: apelación libre, apelación en relación, apelación adhesiva; los problemas inherentes a su desenvolvimiento procesal: interposición, sustanciación, otorgamiento, trámite de la segunda instancia, decisión; las cuestiones relativas a sus posibles alteraciones: deserción en la segunda instancia, nuevas excepciones, nuevas pruebas, perención[15].

[14] *Supra*, nº 211.

[15] Sobre todos estos problemas véase, para el derecho uruguayo, GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 229; para el derecho argentino, JOFRÉ, *Doctrina de la doble instancia*, cit.; A. A. COSTA, *El recurso de apelación*, cit. En general, como estudio excelente para su tiempo; MORTARA, *Appello civile*, cit.

A) *Objeto de la apelación*

218. LA APELACIÓN COMO PROTESTA.

El objeto de la apelación es, como se ha dicho, la operación de revisión a que queda sometida la sentencia recurrida.

El impulso instintivo de desobediencia de parte del perdedor, se sustituye en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta[16]. El *alzarse por sublevarse* se sustituye por la *alzada por apelar*. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez.

Una primera noción a destacar, como natural consecuencia de este concepto, es la de que no puede quedar al arbitrio del juez que dictó la sentencia, el otorgamiento o la denegación del recurso. Si el andamiento de la apelación quedara subordinado a la voluntad del juez apelado, lo probable es que el instituto quedara desnaturalizado. Por un lado, el amor propio excesivo conduciría a la conclusión de considerar justa la sentencia y no someterse a la autoridad de un mayor juez. Por otro, en un plano moral superior, existe la posibilidad de que el juez, sin amor propio excesivo, pero con sincero convencimiento, crea que es beneficioso para la causa de la justicia no suspender los efectos de su fallo y niegue el recurso por sincera convicción de hacer el bien.

Estas suposiciones no son simplemente imaginativas. Cuando se leen los autores clásicos que desarrollan esta materia en el derecho español[17], se advierte que operan con un amplio y admirable concepto de la libertad individual, sobre la base de la defensa del hombre contra el poder: el individuo sólo defendido por la ley,

[16] BECEÑA, *Sobre la instancia única...*, cit., p. 67.

[17] Así, COVARRUBIAS, *Máximas sobre recursos de fuerza y protección*, t. I, caps. I y II; CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, Madrid, 1794, t. I, p. 238.

contra el abuso y el exceso de sus jueces. En su nombre primitivo, la apelación es la "querella contra la iniquidad de la sentencia". Su privación supone dejar al hombre indefenso frente a los desbordes de la autoridad.

Pero a medida que se fortalece la ley, los recursos de fuerza y de queja, primitivamente destinados a amparar al individuo contra las injustificadas negativas de apelación, van perdiendo su primitivo significado de amparo de la libertad individual, para trasformarse en rodajes técnicos de revisión sobre la apelabilidad o inapelabilidad de las resoluciones judiciales[18].

La norma en esta materia es la de que no queda al arbitrio del juez recurrido el otorgamiento del recurso. Y su corolario es el principio de que sólo cuando la ley prohibe la apelación es permitido denegar el recurso[19]. En la duda, procede otorgar la apelación[20].

219. Objeto de la revisión.

Pero aceptado que el objeto de la apelación es la revisión de la sentencia de primera instancia, surge la duda de saber cuál es el objeto exacto de esa revisión: si lo es *la instancia* anterior en su integridad o si lo es *la sentencia* misma[21].

Se trata de lo que en doctrina ha sido estudiado, tradicionalmente, bajo el nombre de "teoría del doble examen y juicio único".

[18] Cfr. últimamente, *El recurso de queja por apelaciones denegadas por la Administración*, en *Estudios*, t. 1, p. 219.

[19] Uruguay, art. 654; Chile, 210; Colombia, 495; Cuba, 385; Ecuador, 344; México, 242, Fed.; Venezuela, 175.

[20] "Rev. D. J. A.", t. 21, p. 353; t. 22, p. 21. "Jur. A. S.", t. 9, caso 2465; t. 10, caso 2596. "L. J. U.", t. 4, caso 966.

[21] En el estudio de Etkin, *Recurso de apelación. Facultades del tribunal de grado*, en "J. A.", 1954-II, p. 324, se plantea este problema como una disyuntiva entre los poderes del juez de apelación para resolver "sobre la relación procesal" o "sobre la sentencia". Pero el problema de la relación procesal en sí, en cuanto depende de la existencia de sus presupuestos de validez, nunca puede escapar a los poderes del juez de apelación. El problema que aquí se examina se plantea en términos diferentes.

Reducido a sus términos más simples el problema es el siguiente: ¿la apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada, o de los errores cometidos en la instancia anterior?

La respuesta que se dé a esta pregunta reviste considerable importancia práctica. Si es lo primero, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho, ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia. El recurso de apelación no permitirá deducir nuevas pretensiones, ni excepciones, ni aportar nuevas pruebas. Es sólo con el material de primera instancia, que habrá de ser considerada, por el juez superior, la apelación.

Si fuera lo segundo, si la apelación consistiera en una revisión de la instancia anterior, siempre serían posibles nuevas proposiciones de derecho y la admisión de nuevas pruebas que por error, negligencia o ignorancia, no fueron aportadas en la instancia anterior.

Es conveniente destacar sobre este punto, de qué manera la doctrina europea, por regla general, trabajó tradicionalmente sobre esta segunda posibilidad. Textos expresos del derecho francés, italiano y alemán, establecieron inequívocamente la solución de que la segunda instancia es, por regla general, un proceso de revisión completa de la instancia anterior, sólo contenido por la prohibición de proponer nuevas demandas. La prohibición no se extendía a las nuevas excepciones, las que podían ser deducidas sin limitación, y las nuevas pruebas, las que podían ser recibidas también con cierta amplitud[22].

Sin embargo, se advertía en todos esos derechos, en los últimos tiempos, una evolución en sentido contrario.

La primitiva orientación del derecho alemán, de

[22] Ampliamente, ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 328; MORTARA, *Appello civile*, ps. 457 y ss.; CALAMANDREI, *Vizzi della sentenza*..., p. 186; D'ONOFRIO, *Appello civile*, p. 576; GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 92; A. A. COSTA, *El recurso de apelación*, cit., p. 1196.

completa revisión de la instancia anterior, había permitido hablar de una *zweite Erstinstanz*, esto es, de *una segunda primera instancia* sin diferencias fundamentales con la anterior. La evolución legislativa posterior ha ido variando el concepto. Las reformas a la Z. P. O. realizadas en 1924 y en 1933, fueron reduciendo los poderes del juez de apelación y limitando la revisión al material de hecho. "La apelación ya no es más —se ha dicho[23]— un remedio jurídico dirigido a una plena revisión de todo el material de hecho de la primera instancia, sino que constituye, en primera línea, un control de la sentencia del juez de primera instancia, con sus materiales de hecho y de derecho, a cargo del juez superior".

Esta variante del derecho alemán, que viene a dirigirse así hacia la solución opuesta, ha tomado inspiración en las particularidades del proceso austríaco y en especial el aforismo que sentó KLEIN para su famosa Ordenanza Procesal: *kontrolierend, nicht kreativ*. La segunda instancia es control y no creación.

La reforma francesa de 1935 consagró análoga solución. En ella se mantiene cierta autonomía de la segunda instancia, según el derecho anterior. Pero ésta se diferencia cada vez más de la anterior, rigiéndose por principios propios (art. 470). Normalmente, no existe en la nueva instancia más prueba que la recogida por el *juge rapporteur* de la primera instancia. Y el debate no se modifica sobre sus términos ya propuestos, aclarándose que no significa deducir nuevas demandas ni nuevas excepciones "si éstas proceden directamente de la demanda originaria y tendiendo a los mismos fines, aunque se funden sobre causas y motivos diferentes". La nueva instancia se desenvuelve, en resumen, sobre el *dossier* de la instancia anterior[24].

En cuanto al derecho italiano, cuya doctrina ha

[23] SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, p. 297.

[24] HEBRAUD, *La réforme de la procédure. Le décret-loi du 30 octobre 1935*, Paris, 1936, ps. 73 y 79.

dado la base a la tesis dominante en nuestros países de que la segunda instancia configura una posibilidad de revisión de toda la instancia anterior[25], ha sufrido un cambio en el Código de 1940, el que surge nítidamente de la confrontación de ambos textos:

Decía el Código de 1865:

Art. 490. — En el juicio de apelación no se pueden proponer demandas nuevas; si se las propusiera, se deben rechazar aun de oficio. Pueden demandarse los intereses, frutos y accesorios vencidos después de la sentencia de primera instancia, y el resarcimiento de los daños sufridos después de ella. Puede proponerse la compensación a la demanda principal. Pueden proponerse nuevas pruebas.

Dice el Código de 1940:

Art. 345. — En el juicio de apelación no pueden proponerse demandas nuevas; si se las propusiera, deben rechazarse de oficio. Pero pueden demandarse los intereses, los frutos y los accesorios vencidos después de la sentencia impugnada así como los daños sufridos después de ella. Salvo que existan graves motivos declarados por el juez, no pueden proponerse nuevas excepciones, presentarse documentos ni solicitar la admisión de medios de prueba.

La exposición de motivos del nuevo Código aclara expresamente que ha sido abolida la concepción de la segunda instancia como *novum judicium*[26].

220. CONTENIDO DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

Sin embargo, esta tendencia hacia la que convergen los códigos y legislaciones europeas, luego de sus reformas recientes, fue la fórmula tradicional del proceso español recogido en muchos códigos americanos.

[25] Tal tesis es acogida por GALLINAL, *Manual*, t. 2, ps. 92 y ss., en nuestro país, y por COSTA, *El recurso de apelación*, ps. 1196 y ss., en la Argentina.

[26] *Relazione Grandi*, § 30.

Cuando se trata de buscar en las fuentes de nuestra codificación y en la enseñanza de los prácticos españoles del siglo XVIII y comienzos del XIX la fórmula de este problema, se advierte que tanto en los textos[27] como en los autores[28] domina la idea de que la segunda instancia es sólo un modo de revisión y no una renovación plena del debate. Son prohibidas, conforme a la tradición romana, las nuevas demandas: *jus novorum*; pero también son restringidas las excepciones y especialmente las pruebas, las que normalmente quedan tan sólo reducidas a los documentos posteriores y a la confesión.

En nuestro derecho[29] esta solución se subraya con un conjunto de elementos particulares que hacen muy clara la tesis de que la segunda instancia no supone una renovación del debate y de la prueba.

En primer término, debe aclararse que la situación es evidente en la apelación *en relación*, en la cual la segunda instancia se decide sólo con el material de la instancia anterior, no admitiéndose ni siquiera nuevos documentos, ni la confesión[30]. Esta institución es característica del derecho de Indias y no aparece en sus fuentes[31].

En segundo lugar, debe subrayarse la terminante exclusión de las nuevas demandas. Por tal se entiende la proposición de nuevas peticiones no contenidas en la demanda inicial. Pero no viola la prohibición de nuevas demandas, el que en la segunda instancia aporta una

[27] Partida III, ley 39, tít. 16. Novísima Recopilación, ley 6, tít. 10, párrafos 1 y 2.

[28] CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas*, t. 1, ps. 270 y ss.; TAPIA, *Febrero Novísimo*, t. 3, p. 358; HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filípica*, p. 266.

[29] Uruguay, arts. 348, 395 y 726. Últimamente, en estos mismos términos, "L. J. U.", 2611 y 2674.

[30] GALLINAL, *Otorgada una apelación en relación, ¿se puede pedir que una parte absuelva posiciones ante el superior llamado a conocer en dicha apelación?*, en "Rev. D. J. A.", t. 16, p. 353. Sin embargo, en contra, "Rev. D. J. A.", t. 16, p. 340; "Jur. A. S.", t. 9, caso 2536.

[31] DE MARÍA, en "Rev. D. J. A.", t. 16, p. 355; GALLINAL, *Otorgada una apelación...*, cit., p. 354.

nueva fundamentación de derecho. Tal, p. ej., la situación del que habiendo demandado en primera instancia la responsabilidad civil por el hecho de los dependientes, la funda en segunda instancia en el hecho de las cosas[32]. La prohibición de innovar no rige para los fundamentos, sino para la causa del litigio y su petición concreta.

Pero lo que en nuestro derecho da a la segunda instancia su nota más característica es la restricción de la prueba. El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, sin reservas para la segunda, es absoluta[33]. La jurisprudencia es de una firmeza perfecta en ese sentido. En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del período probatorio configura la rigurosa excepción[34]

Si se compara esta solución con la italiana anterior a la reforma, en la cual la admisión de la prueba era amplia, se advierte que se está en presencia de dos sistemas enteramente distintos.

La doctrina apoyada en las soluciones europeas, anteriores a las reformas recientes, no es, pues, de apli-

[32] Díaz de Guijarro, *La litiscontestación y la invocación de preceptos legales*, en "J. A.", t. 50, p. 703. Sobre el ejemplo, Mazeaud, *Responsabilité civile*, t. 3, nº 2079; Esmein, *Sources des obligations*, en el *Traité* de Planiol y Ripert, t. 6, p. 912.

[33] Seabra Fagundes, *Dos recursos ordinarios en materia civil*, cit., p. 217, con excelente desarrollo.

[34] De entre la copiosa jurisprudencia de la Suprema Corte uruguaya se entresacan como más significativos los casos publ. en "Jur. A. S.", t. 1, n. 378; t. 2, n. 669; t. 3, n. 916; t. 3, n. 977; t. 3, n. 1140; t. 7, n. 1909; t. 7, n. 1951; t. 7, n. 1993; t. 8, n. 2181; t. 8, n. 2213; t. 8, n. 2294; t. 9, n. 2404; t. 9, n. 2471; t. 9, n. 2490; t. 9, n. 2493; t. 9, n. 2577; t. 9, n. 2587; t. 10, n. 2614; t. 10, n. 2657; t. 10, n. 2667; t. 10, n. 2747; t. 10, n. 2749; "Rev. D. C. S.", t. 5, p. 371; "J. U.", t. 1, p. 185; t. 5, p. 231; Sayagués Laso, *Vista fiscales*, t. 2, p. 327. Un resumen de la jurisprudencia argentina, en sentido análogo, aparece en Fernández, *Código*, p. 229, y Acuña, *Prueba en segunda instancia*, en "J. A.", t. 49, p. 132. Hemos tocado el tema en *Apertura a prueba en segunda instancia*, "Rev. D. J. A.", t. 47, p. 228, y en *Estudios*, t. 3.

cación al derecho americano, en el cual, por las razones anotadas, la segunda instancia no es renovación, sino revisión de la primera[35].

Cabe aclarar que dicha solución rige en lo que se refiere a las partes y a su posibilidad de enmendar los errores de la instancia anterior. Pero no supone, en manera alguna, reducir los poderes del juez. El juez de la apelación podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia, etc. En estos dos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de derecho, nada se modifica y rigen los principios generales[36].

B) *Los sujetos de la apelación*

221. LEGITIMACIÓN PARA APELAR.

El problema de los sujetos del recurso de apelación consiste en determinar quiénes se hallan investidos de esta facultad de alzarse contra la sentencia dictada.

En principio, debe afirmarse que sujetos titulares del recurso de apelación son las partes (el actor, el demandado, eventualmente el tercerista). Pero esta regla no es totalmente exacta y se dan casos en los cuales las partes se hallan privadas de recurso. Además se dan situaciones en las cuales pueden deducir apelación aun aquellos que no han sido partes en el juicio.

Resulta indispensable, en consecuencia, establecer en términos concretos quiénes pueden y quiénes no pueden apelar.

Puede establecerse en esta materia una máxima de carácter general. De manera paralela al aforismo de

[35] En contra, sin embargo, pero sin argumentación, LOAYZA, *Compendio de derecho procesal civil*, La Paz, 1946, p. 229.

[36] *Supra*, nos. 178 y ss.

que *el interés es la medida de la acción*, podría aquí admitirse que *el agravio es la medida de la apelación*[37].

Puede deducir recurso, por lo tanto, aquel que ha sufrido agravio en la sentencia. Y esto puede ocurrir siendo parte en el juicio o siendo ajeno a él.

222. APELACIÓN POR LAS PARTES.

Las partes tienen, en principio, legitimación para apelar.

Pero estando subordinada la facultad de apelar al hecho de no haber visto satisfechas las pretensiones deducidas en el juicio, se llega naturalmente a la conclusión de que sólo puede hacer valer el recurso el que ha visto insatisfecha alguna de sus aspiraciones. Si la sentencia rechaza totalmente una pretensión, es apelable íntegramente; si la acoge sólo en parte, es apelable en cuanto desecha; si la acoge totalmente, es inapelable.

Por la misma circunstancia, el que ha triunfado no puede apelar[38].

La suposición de que desee apelar quien ha visto satisfechas sus pretensiones parece algo inverosímil y apenas se concibe que pueda presentarse. Pero una meditación mejor convence de que no es así.

El caso más frecuente es el del litigante que, no obstante haber triunfado, tiene un interés económico o moral en mantener el estado de litispendencia. Así, por ejemplo, se da la situación del cónyuge a quien se comunica la sentencia de divorcio, favorable a sus pretensiones, cuando existe la posibilidad próxima de que, por fallecimiento de su otro cónyuge, pueda trasformarse en su heredero.

Una situación semejante, pero por razones morales

[37] La ley española de 18 de marzo de 1944 ha instituído el "recurso de agravios", dando al vocablo una acepción distinta de la que se le asigna en el derecho procesal civil. Cfr. ALVARADO, *El recurso de agravios*, Madrid. 1950.

[38] "Riv. D. P. C.", 1926, II, p. 14, con nota de CARNELUTTI.

superiores, es la de la esposa que después de dictada la sentencia de divorcio advierte los gravísimos peligros que para ella y para sus hijos puede traer aparejada la nueva situación. En esos casos un recurso de apelación podría prolongar por algún tiempo el estado de litispendencia con consecuencias que el triunfador puede considerar más beneficiosas aún que la propia sentencia.

Sin embargo, intereses de esa índole no se hallan tutelados por la ley. Un caso famoso[39] en que este tema fue debatido con amplitud culminó con la resolución ya anticipada de que el triunfador no tiene abiertas las vías de apelación.

Se da, asimismo, la situación del que ha visto triunfar sus pretensiones pero por fundamentos que le son perjudiciales. Así, por ejemplo, la situación del asegurador que sostiene la validez de la cláusula de prescripción abreviada; la sentencia sostiene que esa cláusula es nula, pero que siendo una nulidad de interés privado que sólo puede declararse a pedido de parte, no corresponde rechazarla en el caso concreto decidido. El perjuicio para el asegurador no existe en la especie resuelta; pero para sus negocios futuros la tesis de la nulidad de la cláusula le resulta seriamente perjudicial. No obstante, ese agravio no da mérito al recurso de apelación. Los fundamentos de la sentencia no son motivo de recurso sino su parte dispositiva; y en el ejemplo propuesto, la parte dispositiva no causa agravio al litigante[40].

La regla no debe tomarse, sin embargo, en un sentido absoluto. En determinadas situaciones, los fundamentos del fallo pueden causar agravio y justificar un recurso de apelación. Así, el caso de la sentencia que condena por responsabilidad civil, dando en sus fundamentos las bases sobre las cuales deberá procederse a la liquidación del daño causado y estableciendo en el

[39] El ya citado de "Riv. D. P. C.", 1926, II, p. 14.

[40] Nuevamente volveremos sobre este tema al estudiar el valor de los fundamentos frente a la cosa juzgada. *Infra*, nos. 278 y 279.

fallo la llamada condena genérica en daños, los que deberán liquidarse en un procedimiento posterior. Al pasar en cosa juzgada el fallo, lo serán también, implícitamente, las bases sobre las cuales debe hacerse la liquidación en el procedimiento posterior. El agravio que esas bases deparen justifica un recurso de apelación.

223. APELACIÓN POR LOS TERCEROS.

Los terceros, en principio, no tienen legitimación para apelar.

Esta conclusión se apoya no sólo en la razón de que la apelación es una facultad otorgada "al litigante", sino también en la de que los terceros, normalmente, no sufren agravios por la sentencia. La cosa juzgada no les alcanza, por regla general[41]. Y, en consecuencia, el día que se les obligue a someterse a ella, podrán alegar válidamente que el proceso es, a su respecto, *res inter alios judicata*. Esta posibilidad les libera del perjuicio consiguiente, no pudiendo, entonces, hablarse de agravio respecto de ellos.

Pero si bien es cierto que en principio la sentencia sólo afecta a las partes, en determinados casos ella proyecta sus efectos hacia terceros que no han litigado[42]. En esos casos, en principio, se admite en favor del tercero un recurso de apelación. La regla que podría darse en esta materia es la misma expuesta anteriormente: el agravio es la medida de la apelación. Si el tercero es ajeno a los límites subjetivos de la cosa juzgada y no resulta afectado por ella, carece de recursos: no habiendo agravio no hay apelación. Pero si el tercero pertenece a aquellos a quienes la sentencia afecta, aun cuando no

[41] *Infra*, nº 275.

[42] *Infra*, nº 276. Este principio rige también en el *common law* en singular analogía con nuestro derecho. Hasta el concepto de agravio (*aggrieved*) es coincidente. Cfr. APPLETON, *New York Practice*, 2ª ed., New York, 1948, p. 254.

hayan litigado, entonces la vía de la apelación queda abierta a su respecto.

En algunos procesos europeos los terceros se hallan sometidos a un régimen especial de impugnación de la sentencia: "la oposición del tercero" (*tierce opposition; opposizione di terzo*), mezcla de recurso y de acción revocatoria[43]. Entre nosotros no existe una institución similar. Si el tercero está ligado jurídicamente a la cosa juzgada, puede, por las razones de principio arriba referidas, apelar de la sentencia. Pero si no lo está, entonces el fallo no le alcanza y el recurso no se justifica.

Pero puede darse el caso en que un tercero a quien *jurídicamente* no alcance la sentencia, sea *prácticamente* perjudicado por ella. Así ocurre al acreedor a plazo que observa de qué manera el deudor, mediante una o varias ejecuciones simuladas va haciendo desaparecer su patrimonio. Es indudable que a ese tercero no le estará permitido apelar de las resoluciones dictadas en esos juicios ejecutivos entre su deudor y sus supuestos acreedores. Pero el perjuicio es evidente y, en apariencia, irreparable.

En esos casos extraordinarios de dolo, fraude o colusión, corresponde una acción revocatoria autónoma[44]. Mediante ella se destruyen los efectos de sentencias que de cosa juzgada sólo tienen el nombre, pues en el fondo no son sino el fruto espurio del dolo y de la connivencia ilícita[45].

[43] Ampliamente sobre este tema, TESSIER, *Traité théorique et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890. Entre nosotros, culminando anteriores trabajos cuya mención aquí se omite, PODETTI, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, 1949.

[44] Proyecto de Código Civil argentino, art. 302. BIBILONI, *Anteproyecto*, tít. x, art. 3; "De la cosa juzgada"; MARCADÉ, *Explications*, L. 3, tít. 3, párr. 16; DEMOLOMBE, *Contrats*, t. 7, nº 394; BARTIN, sobre AUBRY y RAU, *Cours*, t. 12, nº 769; HELLWIG, *System*, t. 1, p. 786.

[45] Hemos destinado al tema un vasto desarrollo en *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, en "La Ley", t. 16, sec. doct., p. 194, y en *Estudios*, t. 3. Se adhiere a la tesis allí sostenida, LIEBMAN, *Límites a la cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en "La Ley", t. 19, sec. doct., p. 1. Véase, asimismo, la bibliografía citada *infra*. nº 269, en nota.

224. ASPECTOS ESPECIALES DE LA APELACIÓN POR LOS TERCEROS.

Debe hacerse referencia especial a la forma que adquiere en nuestro país este problema de la condición de los terceros frente al recurso de apelación.

Un capítulo especial ha sido destinado a legislar la condición de los terceros frente al juicio, reglamentando en forma minuciosa sus distintas posibilidades de actuación[46].

Según ese régimen, cualquiera puede constituírse parte en un juicio seguido entre otros, a condición de tener interés legítimo en el litigio ajeno. Su intervención puede ser coadyuvante o excluyente; puede aducirse el dominio o el mejor derecho; la ingerencia puede producirse en primera o en segunda instancia; procede, conforme a esas disposiciones, en todo juicio ordinario, sin excepción, sin perjuicio del régimen especial a que se hallan sometidas las tercerías del juicio ejecutivo.

Esa extensión tan considerable de las posibilidades de ingreso al juicio, permite que el tercero perjudicado por la sentencia pueda constituírse parte en el proceso ajeno, siendo lícito su interés en la ingerencia. Esto puede ocurrir, según disposición expresa[47], "en cualquier estado que tenga la causa", lo que significa que es muy posible que el tercero se constituya como parte dentro del término para apelar e inmediatamente interponga el recurso contra la sentencia dictada.

Una solución de esta naturaleza quita extensión a la solución referida de la acción revocatoria del tercero. La mayor facilidad, rapidez y economía del recurso hacen preferible en todo caso esta solución. La acción revocatoria autónoma queda librada para aquellos casos en que los plazos de apelación ya se han agotado, o para

[46] Uruguay, arts. 520 y ss.; Bolivia, 317 y ss.; México, 429 y 430, Fed.
[47] Uruguay, art. 522; Bolivia, 319; México (D. F.), 656.

aquellos regímenes que no consagran expresamente la incorporación de los terceros al juicio[48].

C) *Efectos de la apelación*

225. EFECTOS DEVOLUTIVO Y SUSPENSIVO.

Los efectos de la apelación son, tradicionalmente, dos: el efecto *devolutivo* y el *suspensivo*.

Por efecto devolutivo se entiende, a pesar del error en que puedan hacer incurrir las palabras, la remisión del fallo apelado al superior que está llamado, en el orden de la ley, a conocer de él.

No hay propiamente devolución, sino envío para la revisión. La jurisdicción se desplaza, en la especie concreta, del juez apelado al juez que debe intervenir en la instancia superior[49].

El efecto devolutivo se descompone en una serie de manifestaciones particulares de especial importancia, que es menester enumerar:

a) La sumisión al superior, hace cesar los poderes del juez *a quo*, el que queda, según se dice en el lenguaje del foro, desprendido (o *desasido*, como se dice en Chile) de la jurisdicción[50]. Si este precepto fuere infringido, el juez incurre en atentado o innovación[51].

[48] Una prolija exposición del derecho de los terceros, expuesta en vista de una reforma legislativa en los países que carecen hoy de textos especiales, es la de ALSINA, *Extensión del proceso a terceros*, en "Actas de la V Conferencia Nacional de Abogados", Buenos Aires, 1941, p. 111. Posteriormente, PODETTI, *Tratado de la tercería*, cit.

[49] Ampliamente, APPLETON, *Effet dévolutif*, en "Dalloz Périodique", 1935, VII. Asimismo, L. COLOMBO, *Recurso de apelación. Efectos suspensivo y resolutorio*, en "La Ley", t. 28, p. 964.

[50] Pero la apelación de lo principal no aparta del conocimiento de los incidentes que se tramitan por separado, ni viceversa. "B. J.", t. 3, p. 408; "Jur. A. S.", t. 3, p. 1169.

[51] El recurso de innovación o atentado subsiste en nuestras leyes procesales (C. P. C., art. 705). Pero en la legislación argentina se acude a él por apli-

b) El superior asume la facultad plena de revocación de la sentencia recurrida, dentro de los límites del recurso. Sus poderes consisten en la posibilidad de confirmar íntegramente el fallo, de confirmarlo en una parte y revocarlo en otra, y de revocarlo íntegramente.

c) La facultad se hace también extensiva a la posibilidad de declarar improcedente el recurso en los casos en que se haya otorgado por el inferior. No obsta a esto la conformidad expresa o tácita que haya podido prestar el demandado al otorgamiento de la apelación: el orden de las apelaciones y de las instancias pertenece al sistema de la ley y no a la voluntad de las partes; éstas no pueden crear recursos en los casos en que la ley los niega.

Sin embargo, tan amplios poderes tienen dos limitaciones fundamentales. La primera es la prohibición de la *reformatio in pejus*; la segunda, es la derivada del principio denominado de la personalidad de la apelación.

226. La "reformatio in pejus".

La reforma en perjuicio (*reformatio in pejus*) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario.

Un ejemplo explicará mejor este principio.

A demanda a B por $ 10.000; se dicta una sentencia en contra de B condenándolo al pago de $ 5.000; éste apela en cuanto lo condena; su adversario A no apela de la sentencia. La "reforma en perjuicio" consistiría en que el juez de segunda instancia advirtiera que era fundada la demanda y revocara la sentencia de primera instancia y condenara al pago de $ 10.000.

---

cación subsidiaria de las antiguas leyes españolas. Así, Díaz de Guijarro, *El recurso de atentado contra el cumplimiento de sentencias y autos no consentidos ni ejecutoriados*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 217.

El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste fundamentalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante.

No ha faltado un intento de doctrina, apoyado más bien en ciertas directivas del derecho penal, que sostuviera la inexistencia de este principio en todas las vías de impugnación[52]. Pero, justificadamente, esa tesis no ha hallado eco en el pensamiento procesal civil más autorizado[53].

La prohibición de reforma en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales ya anticipadas.

Así, conducen hacia esa prohibición los principios del *nemo judex sine actore*, expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestros países; del *nec procedat judex ex officio*, que prohibe, en línea general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación. Si quien vio sucumbir su pretensión de obtener una condena superior a $ 5.000 no apeló del fallo en cuanto le era adverso, ya no es posible alterar ese estado de cosas. El juez de la apelación, conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*.

[52] DELITALA, *Il divieto della "reformatio in pejus" nel processo penale*, Milano, 1921

[53] CARNELUTTI, *Sulla "reformatio in pejus"*, en "Riv. D. P. C.", 1927, I p. 181; CALAMANDREI, *Appunti sulla "reformatio in pejus"*, en "Riv. D. P. C." 1929, I, p. 297; D'ONOFRIO, *Appello civile*, cit., ps. 585 y 596; RODRÍGUEZ, *La garantía de la "reformatio in pejus" en caso de una sentencia anulada*, en "La Ley", t. 40, p. 894.

227. Personalidad de la apelación.

En cuanto al principio llamado de la personalidad de la apelación, no es sino otra forma particular de las mismas normas generales que ya han sido expuestas.

La situación que da motivo a la aplicación de este principio es la siguiente: A y B, herederos de C, demandan a D por reparación de un acto ilícito que ha causado la muerte del padre de los actores; la sentencia absuelve a D; A no apela de la sentencia y B lo hace en tiempo y forma; la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia y condena a indemnizar a B el daño sufrido. ¿Aprovecha a A, que ha consentido la sentencia absolutoria, el fallo dictado en favor de B?

La doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la negativa: la condena obtenida por B no beneficia a A porque los efectos de la apelación son personales y no reales. No existe, como en el derecho romano, *beneficio común,* sino *ventaja unilateral*[54].

La solución del carácter real u objetivo de la apelación fue rechazada por Merlin y por los autores del Código francés, al que en esta materia ha seguido el pensamiento posterior sin esfuerzo alguno.

No disminuye el prestigio de esta solución la circunstancia de que aparezcan dos cosas juzgadas contradictorias: que mientras para B haya derecho de indemnización, A se vea privado de él. La razón no es tanto de carácter lógico como sistemático. Sus fundamentos se hallan esparcidos a lo largo de todos los principios del derecho procesal civil. En primer término, el principio de que la voluntad crea y extingue derechos. Quien consintió la sentencia de primera instancia es porque la consideraba justa; el agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar; si optó por el primero, su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento. Una segunda ra-

[54] Crepon, *De l'appel en matière civile*, p. 167; A. A. Costa, *El recurso de apelación*, p. 1198; D'Onofrio, *Appello civile*, cit., p. 596.

zón emana del principio mismo de la cosa juzgada. Nada excluye en derecho la posibilidad de dos sentencias contradictorias; las propias evoluciones de la jurisprudencia demuestran que este riesgo es connatural con el concepto de cosa juzgada. Una tercera razón fluye del principio mismo de la apelación. El tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introducido; nada le autoriza a cambiar la parte de la sentencia que desecha la demanda en lo que se refiere a A si no ha mediado recurso a este respecto.

Se reserva, sin embargo, una solución distinta de ésta, en los casos de solidaridad o de indivisibilidad material de la cosa litigiosa, ya que en estos casos la sentencia beneficia o perjudica al deudor solidario o al comunero[55]. Pero esta circunstancia, impuesta por la fuerza misma de las cosas, no altera el alcance del principio de la personalidad de la apelación.

228. Efecto suspensivo.

En cuanto al efecto suspensivo de la apelación consiste en el enervamiento provisional de los efectos de la sentencia, una vez introducido el recurso de apelación.

Interpuesto el recurso, no sólo se opera el envío al superior para la revisión de la sentencia, sino que también, como complemento necesario, sus efectos quedan detenidos. Según el precepto clásico, *appellatione pendente nihil innovandum.*

Esta consecuencia fluye directamente de la esencia misma de la segunda instancia. Si ésta es, como se ha sostenido[56], un procedimiento de revisión sobre los vicios posibles de la sentencia, lo natural es que tal procedimiento sea previo a la ejecución y no posterior, cuando la sentencia se ha cumplido y sus efectos sean, acaso, irreparables.

[55] "Rev. D. J. A.", t. 32, p. 203. GALLINAL, *Sentencias*, p. 229.
[56] *Supra*, nº 219.

El efecto suspensivo depara a la sentencia apelada la condición de expectativa a que oportunamente nos hemos referido. Pendiente el recurso, no es una sentencia sino un acto que puede devenir sentencia: mera situación jurídica a determinarse definitivamente por la conclusión que se admita en segunda instancia.

229. EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA.

En el derecho europeo, la ejecución provisional de la sentencia apelada, bajo garantía y riesgo del vencedor, tiene considerable difusión y es objeto de frecuentes textos legislativos.

Pero en el derecho americano, salvo excepciones, la ejecución provisional no tiene en los códigos textos expresos de consagración[57]. La apelación se otorga normalmente *en ambos efectos*, y la interposición del recurso, aun cuando sea a todas luces maliciosa y dilatoria, suspende la ejecución del fallo. Sólo frente a una especial disposición de ley que lo autorice, será posible al juez disponer el cumplimiento de la sentencia apelada y otorgar tan sólo con efecto devolutivo el recurso de apelación.

Sin embargo, esa solución trae frecuentemente peligros graves. El caso más agudo lo trae aparejado la apelación de las resoluciones que decretan medidas de garantía. El efecto suspensivo es, en esos casos, de consecuencias casi siempre irreparables. La demora de la apelación es utilizada por el apelante para eludir la eficacia de dichas medidas y la ocultación de sus bienes es el fruto natural de un tardío otorgamiento de la misma.

La jurisprudencia ha venido elaborando en los últimos años, en materia de providencias cautelares[58] frente a ese problema, una ingeniosa solución consistente en dividir los efectos y otorgar tan sólo el devolutivo, con

[57] Hemos incorporado esta solución a nuestro *Proyecto*, arts. 407 a 415.

[58] Especialmente en los casos que hemos enumerado. *Supra*, nos. 202 y 203.

el objeto de que la medida se cumpla, sin perjuicio de su eventual revocación por el juez de segunda instancia[59]. Esta solución, que tiene en otros códigos texto especial que la autoriza, toma punto de apoyo en el régimen común en la disposición que establece que las medidas de garantía se cumplirán sin audiencia de la parte contra quien se toman[60].

§ 3. EL RECURSO DE NULIDAD *

230. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS.

El recurso de nulidad es un medio de impugnación dado a la parte perjudicada por un error de procedimiento, para obtener su reparación.

En el lenguaje del derecho procesal el vocablo "nulidad" menciona, indistintamente, el error (acto nulo,

[59] "Rev. D. J. A.", t. 38, p. 123. Sobre todo este movimiento y los fundamentos en que se apoya, "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 2. "L. J. U.", t. 1, nos. 294 y 337.

[60] Uruguay, art. 197.

* BIBLIOGRAFÍA: A) *En materia de nulidades en derecho procesal.* — AMAYA, *La nulidad en el proceso civil*, Buenos Aires, 1947; BAPTISTA MARTINS, *De las nulidades en el proceso civil brasileño*, en "Rev. D. P.", 1944, I, p. 381; BORGES DA ROSA, *Nulidades do processo*, Porto Alegre, 1935; CARLOS, *Nociones sumarias sobre nulidades procesales y sus medidas de impugnación*, "La Ley", t. 43, p. 831; DE TOLEDO, *Nulidades do processo civil e commercial*, São Paulo, 1906; ESCLAPEZ, *La nulidad procesal y sus proyecciones*, "J. A.", 1948-III, sec. doct., p. 52; GELSI BIDART, *De las nulidades de los actos procesales*, Montevideo, 1949; LASCANO, *Nulidades de procedimiento*, Buenos Aires, 1920; PARRY, *Nulidad de sentencia por vicio de forma*, en "Rev. D. P.", 1944, I, p. 18; PRATES DA FONSECA, *Nulidades do processo civil*, São Paulo, 1926; SÁNCHEZ CABALLERO, *Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil español*, en "Rev. D. P. esp.", 1945, p. 16; SAYAGUÉS LASO, *Recurso extraordinario de nulidad notoria*, Montevideo, 1934.

B) *En la teoría general, aplicable al tema.* — AMÉZAGA, *De las nulidades en general*, Montevideo, 1909; FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Paris, 1909; MOYANO, *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1932; OJEDA FLON, *La nulidad en el derecho procesal civil*, México, 1946; PIEDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, Paris, 1911; TRIFONESCU, *De la confirmation des actes nuls*, Paris, 1911.

como sinónimo de acto equivocado), los efectos de error (sentencia nula, como sentencia privada de eficacia), el medio de impugnación (recurso de nulidad) y el resultado de la impugnación (anulación de la sentencia o sentencia anulada).

El tema de la nulidad no corresponde, estrictamente, a los recursos o medios de impugnación, sino a la teoría general de los actos procesales. Pero la mayoría de nuestros códigos[61] sigue considerando este fenómeno jurídico desde el punto de vista de los recursos y no desde el punto de vista de los actos. Consideran el remedio, no la enfermedad.

Trataremos, en consecuencia, con las limitaciones propias de un libro de la índole del presente, de examinar los elementos de la nulidad desde el punto de vista de la impugnación.

Éstos son, principalmente, el error, la impugnación y la reparación.

En este orden los iremos estudiando.

A) *Concepto de nulidad*

231. Nulidad de los actos procesales.

La cuestión preliminar consiste en determinar qué se entiende por nulidad.

El prestigio del precepto *nullum est quod nullum effectum producit,* parece no haber decaído sensiblemente, a juzgar por su constante repetición. Pero es fácil advertir que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza.

Si se traslada, entonces, la reflexión, de los efectos

[61] Uruguay, art. 670; Cap. Fed., 237; Bolivia, 804; Colombia, 456; Ecuador, 370; Paraguay, 238; Perú, 1122; Venezuela, 730 (pero en forma de juicio y no de recurso).

hacia la naturaleza, se encuentra una idea ya expuesta al comienzo de este tema: siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley.

Este primer intento de fijar el sentido de la nulidad procesal, demuestra que no es cosa atinente al contenido mismo del derecho sino a sus formas; no un error en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia.

Pero el desajuste entre la forma y el contenido, aparece en todos los terrenos del orden jurídico. En el derecho público se presenta bajo la forma de la nulidad de las Constituciones, de las leyes, de los reglamentos, de los actos administrativos decretados con exceso o desviación de poder. En el derecho privado abarca los actos jurídicos, su prueba y sus consecuencias. Su significación se acrecienta especialmente en los actos solemnes en los cuales muchas veces la desviación de las formas afecta la validez misma del acto, con prescindencia de su contenido.

Se comprende, pues, que en el derecho procesal el tema tenga una importancia tan particular, ya que es una disciplina en la cual las formas constituyen una preocupación constante.

232. Caracteres genéricos y específicos.

Por la razón que acaba de exponerse, la teoría de la nulidad es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas. Pero también por las razones anticipadas, se comprende que una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones se desvían y se hacen

específicas, particulares a cada una de las ramas del orden jurídico.

Una noción cualquiera de la teoría general, por ejemplo la de competencia o aptitud para realizar el acto, aparece en todos los sectores del mundo jurídico. Una Constitución es nula si se la sanciona a espaldas de la soberanía; un acto administrativo es nulo si lo sanciona quien ya no es administrador; un contrato es nulo si lo otorga un demente; una sentencia es nula si la expide un juez manifiestamente incompetente. Pero la nulidad de la Constitución, la del acto administrativo, la del contrato y la de la sentencia, tienen, cada una de ellas, una disciplina propia, dada en consideración a necesidades de carácter político, social o económico[62].

El derecho procesal tiene, en cuanto a las nulidades, la unidad genérica y los principios específicos que caracterizan el amplio panorama de este fenómeno.

En tanto la unidad genérica es común a todo el derecho, los principios específicos son variables y contingentes. Cambian en su sentido y en su técnica, en razón de circunstancias, de lugar y de tiempo. Así, p. ej., el recurso de nulidad tal como se halla instituído en la mayoría de nuestros países, es desconocido en la mayoría de las legislaciones europeas, que incluyen la nulidad en el recurso de apelación[63]. En un mismo país, la nulidad puede ser creada artificialmente por el legislador para satisfacer determinados propósitos jurídicos. Así, en el nuestro, la demora del juez en dictar la sentencia sólo dio lugar, hasta el año 1936, a una simple sanción disciplinaria, más teórica que real. Después de esa fecha y dentro de ciertas condiciones, aparejó la nulidad de la sentencia[64]. Ese régimen no se aplica a la materia

[62] En contra, pero sin argumentación muy persuasiva, OJEDA FLON, *La nulidad*, cit., p. 38.

[63] Hemos seguido esta orientación en nuestro *Proyecto*, art. 580.

[64] *Nulidad de la sentencia dictada fuera de término*, "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 5, y *Curso sobre la ley de abreviación de los juicios*, ps. 151 y ss.

penal. Y nada impide que mañana, si se considera excesiva esa sanción, se sustituya por otra que se juzgue más apropiada a los fines deseados.

233. TERMINOLOGÍA.

El problema de la terminología reclama en esta materia una consideración especial.

Se trata de una cuestión tan ardua, y ha dado lugar a un conjunto tan copioso de vocablos, que la elección de los más indicados siempre depara perplejidad. La decisión debe inclinarse, pues, por aquellos que, por haber sido objeto de un uso más prolongado, puedan considerarse incorporados al lenguaje común.

La irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso una cuestión de matices que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible.

Paralelamente a ese apartamiento se va produciendo la ineficacia del acto. El acto absolutamente irregular es absolutamente ineficaz; el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz; el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

En ese sentido se han distinguido siempre tres grados de ineficacia: en un primer grado, de ineficacia máxima, la inexistencia; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa.

Esas tres categorías pueden considerarse aplicables al derecho procesal, con las aclaraciones y salvedades que pasan a formularse.

234. ACTOS (HECHOS) JURÍDICAMENTE INEXISTENTES.

La *inexistencia* del acto procesal plantea un problema anterior a toda consideración de validez de él.

Es, en cierto modo, el problema del *ser o no ser* del acto. No se refiere a la eficacia, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de *desviación*, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino. Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una *no sentencia* (*Nichturteil*). No es un acto sino un simple hecho[65].

El concepto de inexistencia se utiliza, pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto; un *quid* incapaz de todo efecto[66]. A su respecto se puede hablar tan sólo mediante proposiciones negativas, ya que el concepto de inexistencia es una idea absolutamente convencional que significa la negación de lo que puede constituír un objeto jurídico.

Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construírse: *quod non est confirmare nequit.*

La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que *el acto inexistente* (*hecho*) *no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado.*

No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen, dándole eficacia.

[65] *Supra*, nº 177. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, § 82, nota 2; FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, p. 9; WURZER, *Nichturteil und nichtiges Urteil*, 1927.

[66] DI SEREGO, *La sentenza inesistente*, p. 45; LLAMBÍAS, *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, en "La Ley", t. 50, p. 876.

235. ACTOS ABSOLUTAMENTE NULOS.

El acto *absolutamente nulo* es, como se decía, un grado superior en el sentido de la eficacia.

En tanto que el acto inexistente no tiene la categoría de acto, sino de simple hecho, el acto absolutamente nulo tiene la condición de acto jurídico, aunque gravemente afectado.

Puede hablarse en él de existencia y de ese mínimo de elementos requeridos para que un acto adquiera realidad jurídica. Pero la gravedad de la desviación es tal que resulta indispensable enervar sus efectos, ya que el error apareja normalmente una disminución tal de garantías que hace peligrosa su subsistencia. Se decide, entonces, a su respecto, que una vez comprobada la nulidad, el acto debe ser invalidado, aun de oficio y sin requerimiento de parte interesada; y que una vez invalidado el acto, no es posible ratificación u homologación.

El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido.

La fórmula sería, pues, la de que *la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada.*

Si una nulidad de esta índole existe en el derecho procesal, es punto que requiere un examen muy atento del derecho positivo sobre el cual debe darse la respuesta. La conclusión a que habrá de llegarse oportunamente[67] es la de que en nuestro sistema codificado no se consagra este tipo de nulidad. Pero la respuesta es de excepcional delicadeza y sólo puede formularse luego de un examen muy penetrante del sistema de recursos instituído en las leyes.

[67] *Infra*, nº 252.

236. ACTOS RELATIVAMENTE NULOS.

El acto viciado de *nulidad relativa* puede adquirir eficacia.

En él existe un vicio de apartamiento de las formas dadas para la realización del acto; pero el error no es grave sino leve. Sólo cuando haya derivado en efectivo perjuicio, podrá ser conveniente su invalidación. Pero si no lo trajera aparejado, o si trayéndolo, la parte perjudicada cree más conveniente a sus intereses no acudir a la impugnación, el acto nulo puede subsanarse. El consentimiento purifica el error y opera la homologación o convalidación del acto. Sus efectos subsisten hasta el día de la invalidación; y si ésta no se produjera, la ratificación da firmeza definitiva a esos efectos.

La fórmula sería la de que el *acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado.*

Es ésta la categoría de nulidades más frecuente en materia procesal y sobre ella habrá de desarrollarse la parte principal de esta exposición[68].

B) *Impugnación de las nulidades*

237. FORMAS DE LA IMPUGNACIÓN.

La nulidad puede producirse durante el trascurso del juicio, mientras los actos procesales se van cumpliendo, o en la sentencia misma.

Así, durante el juicio puede producirse, dentro de los términos de nuestro derecho, la nulidad por defectos de forma en el emplazamiento (art. 311), por omisión de comunicar al adversario los documentos del juicio (art. 676, inc. 3º), por omisión de abrir la causa a prueba (art. cit., inc. 5º), por omitir la comunicación de un

[68] Confróntese este esquema con el que, para el derecho italiano, establece CARNELUTTI, *Sistema*, t. 2, ps. 504 y ss.

señalamiento de prueba (inc. 6º), por omitir la citación para sentencia (inc. 8º), etc.

Pero la cuestión que se plantea al intérprete de cualquier derecho positivo, es la de saber si las nulidades no tienen otro medio de impugnación que el recurso de nulidad instituído expresamente para tal fin.

El problema que debe abordarse no puede ser resuelto en función de tal o cual precepto determinado, sino de una coordinación de todas las disposiciones vigentes y de los principios generales que en ellas están implícitos.

238. PRINCIPIOS VIGENTES.

Una coordinación de los principios vigentes, circunscrita por la trascendencia misma del problema a los términos del derecho procesal uruguayo, permite afirmar que existen, expresos e implícitos, cuatro medios de impugnación de una nulidad procesal.

Dichos medios son: a) los recursos, no sólo los de nulidad, sino también los de reposición y apelación; b) el incidente; c) la excepción; d) el juicio ordinario posterior.

Cada uno de esos medios tienen su técnica y su alcance propios.

239. IMPUGNACIÓN MEDIANTE RECURSO DE REPOSICIÓN.

Los recursos otorgados para provocar la declaración de nulidad son, en nuestro derecho, la reposición, la apelación, el recurso ordinario de nulidad y el recurso extraordinario de nulidad notoria.

La *reposición* aparece mencionada en texto expreso[69], que establece que la rectificación de los errores de

[69] Uruguay, art. 673. Su aplicación por la jurisprudencia es constante, y en numerosos fallos, que es innecesario mencionar aquí, se hace uso del precepto.

procedimiento se hace en la misma instancia mediante dicho recurso. Es el medio de más breve alcance y de efecto inmediato[70].

Si el juez, en lugar de abrir a prueba un juicio de hecho, cita a las partes para sentencia, incurre en nulidad prevista expresamente en la ley. Corresponde, entonces, advertir al propio juez que incurrió en el error, solicitando la reposición del auto equivocado. Si el juez advierte su error y repone el auto, la nulidad queda reparada y no es menester acudir a otros medios de impugnación.

240. IMPUGNACIÓN MEDIANTE RECURSO DE APELACIÓN.

Pero puede ocurrir que el juez no comparta los puntos de vista del recurrente y considere que no se trata de la situación especialmente prevista en la disposición legal citada y deniegue el pedido de revocación.

En ese caso, la providencia, aunque mere-interlocutoria, apareja gravamen irreparable y es susceptible del recurso de apelación. Pero como la resolución que no hace lugar a la reposición no es susceptible de recurso alguno[71], al primitivo pedido de reposición es menester añadir, eventualmente, el pedido de apelación. Éste se halla autorizado expresamente para el caso que sirve de ejemplo (C. P. C., art. 333). Pero aunque no hubiera texto expreso, el auto nulo, o el auto que sea consecuencia de una omisión que constituya nulidad, admitiría, en razón del gravamen irreparable, el recurso de apelación[72].

[70] En estos mismos términos, "L. J. U.", caso 2732.

[71] Uruguay, art. 651, inc. 3º.

[72] No hay en el C. P. C. disposición expresa que diga que admiten apelación las mere-interlocutorias que traen aparejado gravamen irreparable. La solución se extrae *a contrario sensu* de la disposición legal citada. Pero la doctrina y la jurisprudencia son muy firmes en el sentido de esta solución. En contra, PÉREZ VARELA, en "El Derecho" (Órgano de los Estudiantes de Notariado), 1936, nº 69, p. 97. Asimismo, ARLAS, *Inapelabilidad de los autos mere-interlocutorios*, en "L. J. U.", t. 19, p. 31, doctr.

Por lo demás, por una confusión inexplicable, la ley establece que el recurso ordinario de nulidad no tiene autonomía procesal y que debe ser interpuesto juntamente con el recurso de apelación[73]. La interferencia de la nulidad con el agravio es en este caso evidente, y se ha llegado a implantar la solución de que las resoluciones que no admiten apelación tampoco admiten nulidad[74].

Al avocarse el conocimiento del asunto, por virtud del recurso de apelación, el superior examinará la cuestión discutida y decidirá si, efectivamente, se consumó la nulidad. En caso afirmativo, revocará el auto recurrido y en su lugar dispondrá la apertura de la causa a prueba; la nulidad, entonces, queda subsanada por efecto natural del recurso de apelación. Pero si la sentencia fuera confirmatoria, la decisión causa ejecutoria y queda firme.

241. Impugnación mediante recurso ordinario de nulidad.

Podría ocurrir, asimismo, que la nulidad fuera consumada sin posibilidad de impugnación en el trascurso de la instancia.

Así ocurriría, p. ej., si el juez hubiera omitido la citación para sentencia[75], ya que la parte perjudicada sólo podría enterarse de la omisión luego de dictada la sentencia definitiva. En este caso, como en el de que la nulidad se hallara en la sentencia misma[76], también será menester la interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

En este caso, al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, debe añadirse el de nulidad. No

[73] Uruguay, art. 672.
[74] Uruguay, art. 671; *infra*, nº 251.
[75] Uruguay, art. 676, inc. 8º.
[76] Uruguay, art. 738.

basta la impugnación por apelación, ya que ésta se refiere tan sólo a *la justicia* de la sentencia y no a *su validez* formal. Si se deduce la apelación y no se deduce la nulidad, el superior sólo puede examinar los agravios, pero no los puntos de nulidad, los que han quedado convalidados[77].

242. IMPUGNACIÓN MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINARIO.

Pero puede ocurrir que una sentencia nula no admita recurso de apelación.

Tal es el caso de la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera. Aunque su nulidad sea evidente[78], la reparación por el recurso ordinario de nulidad no procede en razón de no existir nulidad donde no existe apelación[79].

El error se repara, entonces, mediante el *recurso extraordinario de nulidad notoria* que se da en contra de las sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada[80].

En nuestro derecho, como un arrastre histórico de sus antecedentes coloniales[81], el recurso extraordinario de *nulidad notoria* lo es también, en cierto modo, *de injusticia notoria.* Este recurso se da aún en razón de la nulidad de "algún fundamento esencial y determinante de la sentencia" o de una "ley (sin distinguir si sustancial o procesal) infringida".

Esta asimilación del agravio y de la nulidad, aparece a cada instante dentro del sistema de nuestro Código.

[77] Conf. "L. J. U.", t. 2, p. 403. Asimismo, la nota: *El recurso de nulidad no puede tenerse en cuenta si no ha sido concedido*, publ. en "J. A.", t. 6, p. 622.

[78] Uruguay, art. 738. Véase, sin embargo, "Jur. A. S.", t. 6, caso 1692.

[79] Uruguay, art. 671. *Infra*, nº 251.

[80] Uruguay, art. 677.

[81] SAYAGUÉS LASO, *Recurso extraordinario de nulidad notoria*, Montevideo, 1934, ps. 15 y 40.

243. IMPUGNACIÓN MEDIANTE INCIDENTE.

Puede suceder que el perjudicado por un acto nulo se vea privado de impugnarlo en razón de haber vencido el término legal dado para la interposición de los recursos.

Se trata, por ejemplo, del demandado que se entera del juicio que se le sigue, por conocimiento logrado fuera de éste. La omisión de notificarle la demanda en su domicilio real, como en el caso en que se le ha notificado en un domicilio anterior ya abandonado, trae aparejada la nulidad del emplazamiento y de los actos que son su consecuencia[82].

Pero al ir a deducir los recursos legales, se rechaza su pretensión en virtud del principio que señala a dichos recursos un plazo perentorio. Es claro que esta solución es errónea, ya que el demandado se hallaba justamente impedido de conocer el juicio y el término no le corre. Pero no sería la primera vez que dicha pretensión fuera desechada.

En ese caso, la impugnación de nulidad procede mediante un incidente dirigido a obtener la invalidación de los actos procesales nulos[83]. La parte perjudicada solicita, en vía incidental, que se declare la nulidad de los procedimientos consumados y se repongan las cosas al estado que tenían antes de consumarse la nulidad.

Esta solución cuenta con la conformidad de la doctrina[84] y de la jurisprudencia[85], en los casos llamados de *indefensión*.

[82] Uruguay, art. 311.

[83] Cfr. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querella di nullità nel processo civile vigente*, en "Riv. D. P.", 1951, I, p. 5, con perspectiva histórica.

[84] IBÁÑEZ FROCHAM, *Nulidad procesal por indefensión*, en "J. A.", 1955-I, p. 87; antes, JOFRÉ, *Manual*, t. 4, p. 66; ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 728; FERNÁNDEZ, *Código*, p. 315; SECCO GARCÍA, *Nulidad procesal mediante incidente*, en "Rev. D. J. A.", t. 44, p. 219.

[85] "L. J. U.", t. 2, caso 472, y t. 3, caso 781. "J. A.", t. 4, p. 363; t. 17. p. 256; t. 30, p. 140; t. 38, p. 670. "La Ley", t. 2, p. 533; t. 12, p. 943; t 14, p. 107; BENGOA, *Sentencias judiciales*, p. 65.

Algunas legislaciones, como la española, en sus arts. 741, 744 y 745, han regulado, si bien desdibujadamente, este incidente particular, dándole a veces el aspecto de un recurso y otras el de un incidente extraordinario. Acudiendo a una metáfora, algunos de sus intérpretes han dicho que se trata de un remedio[86]. Pero esta acepción ha sido refutada[87]. Dentro de nuestro derecho, remedios son, virtualmente, todos los medios idóneos para reparar los actos procesales desviados de los medios señalados en la ley: no sería, pues, ésta, una configuración científica de este medio de impugnación.

En nuestro sistema legal, el incidente de anulación procede, como se acaba de exponer, en casos excepcionales, cuando la extinción de los plazos de recurso priva a las partes de sus normales medios de impugnacion.

244. IMPUGNACIÓN MEDIANTE EXCEPCIÓN.

En numerosas situaciones, la nulidad procesal puede hacerse valer por vía de excepción.

Así, en el juicio ejecutivo, la nulidad de las diligencias de reconocimiento del documento privado, practicadas en un domicilio que no era el del demandado, se repara mediante una excepción de falta de título ejecutivo. De la misma manera, el reconocimiento practicado ante juez incompetente[88].

En la sentencia que se ejecuta fuera de los noventa días (C. P. C., art. 495), podría oponerse la excepción de nulidad si hubiera motivo para ello.

En la ejecución, aun en vía de apremio, de la sentencia dictada fuera de término, podría excepcionarse el deudcr en razón de lo dispuesto en el art. 20 de la

[86] PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, p. 223; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., t. 1, p. 470, y t. 2, p. 248.

[87] GUASP, *Comentarios*, t. 1, p. 1045; GIMENO GAMARRA, *El incidente de nulidad de actuaciones*, en "Rev. D. P. esp.", 1949, p. 511.

[88] Así, "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 94.

ley 9594. Si el cumplimiento de la sentencia debe ser denegado por el juez, de oficio, conforme advierta la nulidad, con mayor razón debe denegarse tal cumplimiento si la parte denuncia la nulidad.

245. IMPUGNACIÓN MEDIANTE JUICIO ORDINARIO POSTERIOR.

Una acción rescisoria de un juicio nulo ha tenido siempre consagración especial, bajo distintas formas, en el derecho positivo[89].

En nuestra misma legislación tiene disposiciones especiales en lo referente al juicio ordinario posterior al ejecutivo, a las acciones posesorias, etc.

Y para casos excepcionales de fraude, dolo o colusión, debe conceptuarse concedida y no negada una acción revocatoria dirigida a obtener la invalidación de los actos ilícitos, cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado[90].

C) *Principios aplicables*

246. IMPORTANCIA DEL DERECHO POSITIVO.

Como queda dicho, las fórmulas especiales de nulidad pueden ser establecidas en cada derecho positivo,

[89] PONTES DE MIRANDA, *Acção rescisoria contra as sentenças*, Río de Janeiro, 1934; HAHNEMANN GUIMARAES, *Acção rescisoria para anular sentença proferida em concurso de crédores*, en "Revista de Crítica Judiciaria", Río de Janeiro, 1934, t. 20, p. 19; ROMERO SÁNCHEZ, *La pauliana contra las sentencias que son efecto de fraude de las partes*, en "Revista de la Escuela Nac. de Jurisprudencia", México, t. 3, p. 377. Asimismo, la bibliografía referida *supra*, nº 223.

[90] *Supra*, nos. 223 y 224, e *infra*, nº 275. Esta tesis ha sido acogida por la jurisprudencia uruguaya y argentina, en los fallos respectivamente consignados en "L. J. U.", caso 1337, y en "J. A.", 1946-II, p. 430. Sobre este último fallo, véase DÍAZ DE GUIJARRO, *La jurisprudencia en materia procesal civil*, en "Rev. D. P.", 1947, II, p. 197. En nuestro *Proyecto* aparece consagrada en el art. 577.

por el legislador, guiándose por exigencias sociales o políticas.

No coinciden en esta materia los textos de los diversos códigos, aun los de orientación similar. Es por ese motivo que, también en este punto, la exposición de las nociones fundamentales habrá de circunscribirse al régimen vigente en el derecho uruguayo.

247. NULIDAD DE FONDO Y DE FORMA.

La primera cuestión a abordar es la de que, frecuentemente, la materia de nulidad procesal no está señalada en los códigos desde un punto de vista estrictamente formal, sino que la propia legislación la considera también en un sentido sustancial.

Nuestro Código da a la nulidad un doble contenido: por un lado, habla de nulidad de las sentencias pronunciadas con infracción a la ley; y por otro, de nulidad de las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes para la ritualidad de los juicios.

Este doble contenido, que está en la base misma de nuestro derecho, crea la constante interferencia ya anotada entre la forma y el contenido de los actos.

Pero cuando se trata de analizar esta circunstancia, y de determinar en qué puede consistir "la nulidad por infracción a la ley", se advierte que no es otra cosa que el agravio. El juez que dicta sentencia aplicando una ley derogada, o no aplicando la ley que rige el caso concreto, o falseando en su interpretación la letra o el espíritu de ella, no dicta una sentencia nula en su forma, sino errónea en su fondo. Es una sentencia injusta que causa agravio, y que se corrige mediante el recurso de apelación[91].

[91] *Supra*, nº 213.

248. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN.

Este principio trae las consecuencias que a continuación se anotan.

Debe ser distinta la conducta procesal cuando la nulidad recae sobre la forma y cuando recae sobre el fondo. Si el superior a quien se ha llamado a conocer para entender en el recurso de nulidad advierte que la infracción es a la ley de forma, entonces debe realizar lo que se llama tradicionalmente *renvoi*: mandar devolver los autos al inferior para que éste se pronuncie con arreglo a derecho[92]. Se tiene por no hecho todo lo nulo y se coloca el juicio en el punto en que estaba en el momento en que se consumó la nulidad. Es ésta una consecuencia necesaria de la nulidad por vicio de forma, ya que rige también en derecho procesal el principio de la teoría general de que la nulidad de un acto entraña la invalidación de todos los posteriores que dependen de aquél[93].

En cambio, si la nulidad fuera en cuanto al fondo, entonces, como el vicio no radica en el procedimiento sino en la sentencia misma, el juez de la nulidad asume los poderes de juez de apelación y dicta sentencia "como lo juzgue de ley y de justicia"[94].

249. PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD.

Un segundo principio básico de nuestro sistema procesal es el de que no hay nulidad sin ley específica que la establezca[95].

[92] Uruguay, art. 675. Para su aplicación, "Jur. A. S.", t. 4, caso 1277; "L. J. U.", t. 3, caso 472.

[93] BORGES DA ROSA, *Nulidades do processo*, p. 174; PRATES DA FONSECA, *Nulidades no processo civil*, p. 133.

[94] Uruguay, arts. 694 y 697. Acogiendo la solución del texto, "L. J. U.", caso 2680.

[95] Uruguay, art. 676. GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 299. "L. J. U.", t. 2, caso 409; "Jur. A. S.", t. 1, caso 222; t. 1, caso 317; t. 2, caso 622.

Este principio, que es característico del derecho francés, no está emitido en texto especial[96]. Pero de la propia forma como se configuran las nulidades en nuestro Código, surge esta consecuencia.

Los textos consignan frente a cada infracción especial, la sanción de nulidad. Y el inc. 13º del art. 667 concluye que hay nulidad si se hubiese faltado a cualquier otro trámite o formalidad por cuyo defecto las leyes *prevengan expresamente* que hay nulidad. Además, en el comienzo del mismo art. 676 se anticipa que sólo procederá la nulidad en los casos que a continuación se mencionan.

Quiere decir que puede darse por vigente en nuestro derecho el principio de que no hay nulidad sin ley que la establezca; no son admisibles, en consecuencia, nulidades por analogía o por extensión.

250. CONSECUENCIAS DE ESTE PRINCIPIO.

La derivación de este principio es que la materia de nulidad debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. Corresponde a la jurisprudencia la misión de contener los frecuentes impulsos de los litigantes, siempre propensos a hallar motivos de nulidad, declarando éstos solamente en los casos en que se los haya señalado como una solución expresa del derecho positivo. Ésa parece ser, por lo demás, su orientación tradicional[97].

[96] No obstante, cabe señalar que también en las leyes españolas anteriores a nuestra codificación, VÉLEZ SARSFIELD hallaba consistente punto de apoyo para sostener que la nulidad procesal derivada de la insuficiencia de un mandato, no podía ser declarada *ex officio*. Así en su famoso escrito *Nulidades absolutas y relativas*, reedición Buenos Aires, 1953, p. 18.

[97] Esta afirmación queda justificada con sólo acudir a los repertorios de jurisprudencia, donde los casos de denegación superan en gran proporción a los de acogimiento de las alegaciones de nulidad.

251. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA.

Un tercer principio es el de que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio.

La antigua máxima "*pas de nullité sans grief*" recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes.

Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades[98].

La máxima "no hay nulidad sin perjuicio", no tiene disposición expresa en nuestro Código. Tampoco la tiene en el Código francés, y sin embargo la jurisprudencia es unánime en el sentido de sostener que no puede hacerse valer la nulidad cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido un gravamen[99].

Pero en nuestro derecho, la carencia de texto no es absoluta, ya que la solución está consagrada en las disposiciones de los arts. 671 y 672. Según esos textos, contra las sentencias que no admiten apelación, tampoco hay recurso de nulidad. Quiere decir, en consecuencia,

[98] LASCANÓ, *Nulidades de procedimiento*, p. 6.

[99] JAPIOT, *Traité*, p. 35; GARSONNET y CÉZAR-BRU, *Traité*, t. 2, p. 103. Una reciente discusión sobre la aplicación de este principio ha sido resumida por RAYNAUD, *La nullité est-elle toujours subordonné à la preuve d'une atteinte aux intérêts de la partie adverse?*, en "Rev. D. T. C.", 1949, p. 454. Sobre el alcance de la actitud de la Corte de Casación, habían discrepado SOLUS, nota en "Sirey", 1948, 1, p. 137, y HEBRAUD, nota en "Dalloz", 1947, 1, p. 177. Pero en nuestro concepto el alcance del precepto "*pas de nullité sans grief*" no estaba en juego en el caso, sino una aplicación muy particular de él.

que la vía de la nulidad, que es el principal medio de subsanar el vicio formal, sólo procede cuando la sentencia admite apelación, o, en otros términos, cuando causa gravamen. Para la ley vigente la sentencia inapelable no es pasible de nulidad ordinaria. Y esto significa, entonces, que cuando en su concepto una sentencia no es susceptible de causar perjuicio, tampoco admite el recurso de nulidad[100].

Se trata, como se ve, de una formulación indirecta. Pero constituye, sin duda, un firme apoyo para el principio expuesto, el que tiene, por lo demás, la franca adhesión de la jurisprudencia.

252. PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN.

En principio, en derecho procesal civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento.

Siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición en el tiempo y en la forma requeridos, opera la ejecutoriedad del acto.

Aunque la conclusión parezca excesiva a primera vista, es menester no alejar de la consideración de este problema la idea anotada en el comienzo de todo este desarrollo, de que el derecho procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de las otras ramas del orden jurídico. Frente a la necesidad de obtener actos procesales *válidos* y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales *firmes*, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.

La conclusión de que en derecho procesal civil todo vicio de forma se convalida por el consentimiento, tiene amplio ascendiente en la doctrina extranjera, aun aque-

[100] Así, PARRY, *Improcedencia del recurso de nulidad contra sentencia de última instancia*, en "La Ley", t. 23, p. 539.

lla en la cual la nulidad no se impugna por vía de recurso especial[101].

253. CONSECUENCIAS DE ESTE PRINCIPIO.

Para determinar el fundamento de este principio es necesario retroceder a la primitiva distinción de nuestro derecho positivo, entre nulidades de fondo y nulidades de forma.

En lo que se refiere a las llamadas nulidades de fondo, que, como se ha visto, no son sino motivos de injusticia del fallo, la consecuencia lógica es que aunque la nulidad se consume, ese acto no admite impugnación por recurso de nulidad si contra él no se otorga en la ley recurso de apelación.

Si la sentencia no aplica la ley aplicable, o la aplica mal, o aprecia mal los hechos, la parte perjudicada puede interponer contra ese fallo los recursos de apelación, de nulidad ordinario y extraordinario de nulidad notoria que la ley le concede. Pero si no interpone esos recursos en tiempo, la injusticia queda cubierta por el consentimiento tácito de la parte. La nulidad se convalida, porque vencidos los plazos de impugnación no existe manera de atacar la cosa juzgada.

Si la situación se refiere a las nulidades de forma, aunque el estado de cosas parezca diferente, lo cierto es que el problema se plantea dentro de los mismos términos. La parte a quien la nulidad causa perjuicio, puede deducir la impugnación mediante los recursos de nulidad citados: el ordinario y el extraordinario. Si deja vencer los términos de interposición sin hacerlo, debe lógicamente presumirse que la nulidad, aunque exista, no le perjudica gravemente y que renuncia a los medios de impugnación. Y fenecidos los plazos respectivos, se

[101] En los distintos regímenes, GALLINAL, *Manual*, t. 2, ps. 261 y ss.; FERNÁNDEZ, *Código*, ps. 121 y 226 y autores allí citados; MENDES, *Direito judiciario*, p. 333; JAPIOT, *Traité*, p. 34.

opera la preclusión de su etapa procesal y los actos, aun nulos, quedan convalidados[102].

Siendo esos principios la base misma del sistema, tal como ya se ha destacado, es evidente que sin la interposición del recurso de la parte, la nulidad no puede ser declarada por el juez. El litigante es libre de impugnar el acto o de acatarlo. Si lo acata es porque no lo considera lesivo para sus intereses. Y como el interés es la medida del recurso, el juez no puede sustituírse en un acto que incumbe sólo a la parte y no a él.

Cuando la jurisprudencia ha establecido, reiteradamente, que sin la interposición formal del recurso de nulidad, aunque se haya deducido la apelación, aquélla no puede ser declarada[103], ha sido consecuente con el principio general de que los recursos procesales son instrumentos en manos de las partes para usarlos en la medida de su necesidad y no en manos de los jueces para revocar actos que las partes han considerado, presumiblemente, beneficiosos a su condición.

254. Rectificación de errores procesales.

Sin embargo, la admisión de la tesis de que no hay en derecho procesal nulidades que no se convalidan con el consentimiento, impone la necesidad de dar precisión a algunos puntos que podrían conducir a exageraciones y extremos equívocos.

Por lo pronto, es menester anticipar que la tesis no alcanza a los actos inexistentes, ya que éstos, como se ha visto, carecen de las partículas indispensables, mínimas, requeridas para que el acto tenga vida jurídica y validez formal. La sentencia de Porcia contra Shylock, que ha sido reiteradamente puesta como ejemplo de no-

[102] Confróntese esta conclusión con la de GELSI BIDART, *De las nulidades de los actos procesales*, cit., p. 282.

[103] *Supra*, nº 222.

sentencia[104], no habría podido pasar nunca en autoridad de cosa juzgada ni convalidarse por el consentimiento.

Otro tanto puede decirse de la ausencia de otros presupuestos procesales, como la capacidad de las partes. El proceso seguido por o contra un menor de edad, es nulo. Esa nulidad subsiste mientras dure la incapacidad, sean cuales fueren los actos que se realicen. Pero nada impide que cuando el menor llegue a la mayoría de edad ratifique lo actuado anteriormente; o cuando se le provea de tutor éste acepte, expresa o tácitamente, los actos anteriores[105].

También es menester aclarar que cuando la nulidad se consuma sin posibilidades prácticas de impugnación por recurso, como en el ejemplo del demandado que se entera del juicio y de la sentencia cuando han vencido todos los plazos de apelación[106], la nulidad que se produce es también sanable por el consentimiento. Sólo ocurre que el plazo para expresar ese consentimiento comenzará a contarse cuando el demandado haya tenido conocimiento real del juicio y se haga presente en él[107].

Y, por último, debe aclararse también que esta solución pertenece al sistema general de nuestra codificación. No alcanza a aquellos casos en que leyes especiales consagran la existencia de nulidades absolutas especialmente previstas[108]. En esos casos la regla general, extraída por interpretación sistemática, cede frente al arbitrio del legislador. Tal como se ha sostenido al comienzo de este capítulo, pertenece a la competencia legislativa regular el régimen de las nulidades en consideración a las exi-

[104] WACH, *Urteilsnichtigkeit*, p. 408; CALAMANDREI, *Vizzi della sentenza*, p. 208; FLORIAN, *Principii di diritto processuale penale*, p. 450.

[105] Para la jurisprudencia uruguaya, "L. J. U.", t. 4, caso 900, con excelente fundamentación.

[106] *Supra*, nº 243.

[107] "J. A.", t. 4, p. 337.

[108] Uruguay, ley 9594, art. 20, sobre nulidad absoluta de la sentencia dictada fuera de término. Sobre este tema, el ya citado estudio de "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 5.

gencias políticas o sociales de una situación determinada, consagrando, si se conceptúa necesario, nulidades que no se convaliden por el consentimiento.

255. Impugnación tardía de las nulidades.

No han faltado en la doctrina opiniones muy autorizadas que llegan a la conclusión de que ciertas nulidades pueden hacerse valer aun después de vencidos los plazos de impugnación dados en la ley[109], poniendo en duda la tesis de que no existen en derecho procesal nulidades absolutas.

Los ejemplos propuestos, de sentencias ininteligibles, o contradictorias, o imposibles de ejecutar, son ejemplos de cátedra que con muy poca frecuencia se dan en la vida. Mas así y todo, eso no significa que no puedan convalidarse por el consentimiento. Una sentencia ininteligible será nula en cuanto no pueda ser interpretada y esa nulidad podrá ser objeto de impugnación aun después de los plazos de recurso, o por vía de excepción, mediante incidente, o hasta en un juicio posterior, tal como se ha sostenido a lo largo de este estudio[110]. La tesis ya anticipada de que la nulidad tiene varias formas de impugnación además del recurso, significa, en último término, que aun después de vencidos los plazos legales, será posible atacar los actos irregulares. Por lo demás, siempre será posible al tribunal rectificar sus errores, si estuviere en tiempo de hacerlo[111].

Pero la parte que tiene en su mano el medio de impugnación de una sentencia y no lo hace valer en el tiempo y en la forma adecuada, presta su conformidad

[109] Chiovenda, *Istituzioni*, t. 22, p. 312; Calamandrei, *Vizzi della sentenza...*, p. 172.

[110] *Supra*, nos. 237 y ss.

[111] Cfr. Márquez Caballero, *Nulidad y subsanación "ex officio" en el proceso civil*, cit., p. 22, con relación al derecho español. La limitación es la que deriva del principio de preclusión, según se expresa más adelante: *infra*, nº 272.

a los vicios del procedimiento, y en ese caso su conformidad trae aparejada la aceptación. Si tiene conocimiento de la nulidad durante el juicio y no la impugna mediante recurso, la nulidad queda convalidada. Si vencido el plazo del recurso y pudiéndola atacar mediante un incidente, deja concluírse el juicio sin promoverlo, también consiente. Y si pudiendo promover un juicio ordinario, hace expresa declaración de que renuncia a él, también debe reputarse que con su conformidad convalida los vicios y errores que pudieran existir en el proceso[112].

Si el que puede y debe atacar no ataca, aprueba: *consensus non minus ex facto quam ex verbis colligitur.* En derecho procesal este precepto es poco menos que absoluto.

256. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN.

Un último principio que rige en esta materia, se refiere a la esencia misma de la nulidad como medio de impugnación procesal.

La doctrina y la jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad sólo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ella quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia[113]. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene por qué reclamarse y su declaración carece de sentido.

En definitiva, este recurso no es sino un medio de

[112] Cfr. la nota *Prescripción de las nulidades procesales*, en "Rev. D. J. A.", t. 41, p. 350. Asimismo, para un caso singular, IBÁÑEZ FROCHAM, *Nulidad de sentencia por "acción" o derogabilidad de la cosa juzgada*, en "J. A.", 1955-III, p. 16.

[113] Así, "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 117; "L. J. U.", 3153, en un caso de exceso de trámites procesales; "Rev. D. J. A.", t. 40, p. 349, en un caso análogo en que el actor promovía un juicio ordinario cuando pudo haber elegido uno extraordinario con menos garantías. Desde un punto de vista doctrinal amplio, y en sus relaciones con la teoría general, FERRARA SANTAMARÍA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, p 184; BORGES DA ROSA, *Nulidades do processo*, p. 176.

protección de los intereses jurídicos lesionados a raíz del apartamiento de las formas.

Las consecuencias de este principio son las siguientes:

a) No existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección. La anulación por la anulación no vale. Esta consecuencia lo es también del principio general ya expuesto de que no hay nulidad sin perjuicio al recurrente.

b) Sólo pueden invocar las nulidades constituídas en protección de los incapaces, éstos mismos o sus representantes legales. La nulidad no pueden aducirla quienes han gozado de capacidad durante la consumación de los actos[114].

c) Pero la consecuencia más importante derivada de este criterio general, es que no puede ampararse en la nulidad el que ha celebrado el acto nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Esta situación, que es común a toda la teoría de las nulidades[115], no es más que una aplicación específica del precepto *nemo auditur propriam turpitudine allegans*.

Nada impide y todo insta a que tal precepto se extienda a la teoría de las nulidades procesales.

El litigante que realiza el acto nulo no puede tener la disyuntiva de optar por sus efectos: aceptarlos si le son favorables o rechazarlos si le son adversos. Una antigua corriente de doctrina ve en esta actitud un atentado contra los principios de lealtad y de buena fe que deben reinar en el proceso. Pero en verdad, la conclusión puede apoyarse además en razones técnicas que forman parte de la estructura misma del sistema de las nulidades en el derecho procesal civil, dentro de las ideas que acaban de exponerse.

[114] ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 724, y jurisprudencia allí citada.

[115] AMÉZAGA, *De las nulidades*, p. 154; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, t. 3, § 105, y bibliografía allí citada; RIPERT, *La règle morale*..., ps. 188 y ss.

Capítulo II

LA COSA JUZGADA*

257. Definición.

La cosa juzgada es un concepto jurídico cuyo contenido difiere del simple enunciado de sus dos términos.

A estar a la acepción literal de los vocablos, parecería que *cosa* significa objeto, o como dice el Código Civil, denominación genérica dada a todo aquello que tiene una medida de valor y que puede ser objeto del derecho de propiedad. *Juzgada*, a su vez, como participio del verbo juzgar, califica a lo que ha sido materia de un juicio.

* BIBLIOGRAFÍA (Parte general): Allard, *Étude sur la chose jugée*, Paris, 1875; Allorio, *Natura della cosa giudicata*, en "Riv. D. P. C.", I, p. 215; Bielsa, *Nociones sumarias sobre cosa juzgada en el derecho administrativo*, "Anuario del Instituto de Derecho Público", Rosario, julio 1945, p. 67; Bötticher, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1930; Cogliolo, *Trattato teorico pratico dell'eccezione di cosa giudicata*, Torino, 1883; Cuenca, *La cosa juzgada en el derecho civil venezolano*, Caracas, 1936; Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, en *Saggi*, t. 2, p. 399; P. Díaz, *Cosa juzgada*, 2ª ed., Montevideo, 1927; Estellita, *Da coisa julgada*, Río de Janeiro, 1936; Flores López, *Cosa juzgada*, "Rev. Peruana de Ciencias Jurídicas", enero-junio 1946, p. 23; Gómez Orbaneja, *Las teorías de la cosa juzgada*, Madrid, 1931; Hellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1901; Jofré, *Requisitos de la cosa juzgada*, en "J. A.", t. 2, p. 152; Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et correctionnelle*, 3ª ed. por Bonnecarrère, Paris, 1914; Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1936; ídem, *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, Buenos Aires, 1939; ídem, *Decisão e coisa julgada*, en "Revista da Faculdade de Direito de

En sus términos literales, la cosa juzgada podría definirse, entonces, como un objeto que ha sido motivo de un juicio. La proposición "este vaso es de plata" es, en esta primera acepción, una cosa juzgada. La cosa, objeto material, aparece unida al atributo, de ser de plata.

En una segunda acepción, se advierte que la idea de *cosa* se ensancha y desborda el simple objeto material. Cosa también es, en nuestro idioma, todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, real, abstracta o imaginaria. En este segundo sentido, también un hombre puede ser una cosa. Así cuando decimos "Sócrates es un hombre", el objeto se ha trasformado y sin ser susceptible del derecho de propiedad, constituye a su vez una cosa sobre la que se vierte un juicio.

También el vocablo *juzgado* o su femenino juzgada, tiene una segunda acepción. No se refiere ya, genéricamente, a lo que ha sido objeto de una operación lógica destinada a relacionar dos conceptos. Abarca, también, el juicio jurídico. Cuando decimos "este vaso es de Sócrates", el juicio se hace jurídico, si lo que se está disputando es la propiedad del vaso.

En esta segunda acepción de los vocablos, es también cosa juzgada la proposición "Sócrates es inocente".

Pero, como decíamos en un comienzo, el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos. En esta tercera acepción, la cosa juzgada es una forma de autoridad y una medida de eficacia. En idioma alemán el concepto se expresa con los vocablos

---

São Paulo", 1945, p. 203; LINARES, *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, 1945; MENDELSSOHN Y BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, 1900; MERKEL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923; MIGLIORE, *Autoridad de la cosa juzgada*, Buenos Aires, 1945; PAGENSTECHER, *Materielle Rechtskraft*, 1905; R. PALACIOS, *La cosa juzgada*, México, 1954; J. RAMÍREZ, *La cosa juzgada*, Santiago de Chile, 1910; UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (t. I), Roma, 1917; SILVA MELERO, *La cosa juzgada en el proceso civil*, en "Rev. G. L. y J.", 1936, nº 1.

Recht y *Kraft*, derecho y fuerza, fuerza legal, fuerza dada por la ley. En idioma castellano, como en todos los idiomas latinos, cosa juzgada es *res judicata*, lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial. En inglés no existen los vocablos y se usa la expresión latina.

En ninguno de esos idiomas los vocablos expresan plenamente el concepto. Éste debe ser extraído por el jurista, del conjunto de normas positivas. Tal concepto varía en el tiempo y en el espacio. La idea romana clásica no coincide con la idea romana de nuestros días; la cosa juzgada del derecho inglés no coincide con la del derecho francés.

Tratando, pues, de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es *la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.*

258. La cosa juzgada como autoridad.

La definición propuesta subraya que la cosa juzgada es una forma de autoridad.

Como tal, es una calidad, una inherencia. En el lenguaje común se repite diariamente el concepto "autoridad de cosa juzgada" para referirse a los efectos de ella. Pero cuando bien se observa, se advierte que no es posible confundir la autoridad con el efecto: el poder de mando con la orden impartida por el que manda.

Autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo.

En ese sentido, es bien perceptible la diferencia entre la sentencia judicial y el laudo arbitral. Ambos pueden ser igualmente eficaces. Pero en tanto la sentencia tiene su atributo de autoridad, el *imperium*, el laudo arbitral carece de esa calidad o inherencia.

259. LA COSA JUZGADA COMO EFICACIA.

Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia.

Esa medida se resume en tres posibilidades que serán analizadas en este capítulo: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.

La cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: *non bis in eadem*. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción.

También es inmutable o inmodificable. Como se verá en el momento oportuno, esta inmodificabilidad no se refiere a la actitud que las partes puedan asumir frente a ella, ya que en materia de derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada. La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada.

La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada[1]. Tal como se expondrá en su momento, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide.

Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuídos.

[1] *Infra*, nº 284.

260. Alcance del tema.

Como en materia de acción y de excepción, no ha faltado, en materia de cosa juzgada, la evolución impuesta por las trasformaciones históricas, que han ido variando el concepto a medida que iba modificándose la esencia y la estructura del proceso civil[2]. No han faltado, tampoco, la concepción sustancial y procesal como acontece respecto de la acción, de la excepción y de la sentencia[3]. Y hasta ha aparecido en el panorama doctrinal, como no podía ser de otra manera, la teoría o conjunto de teorías que, por razones de carácter político, propugnan la abolición de la cosa juzgada y la absorción de la jurisdicción por la actividad administrativa[4].

Se hace necesario, en consecuencia, también en esta materia, al igual que en los temas desarrollados, tratar de reconstruír las principales corrientes de pensamiento y señalar el concepto aplicable a nuestro derecho.

261. Los problemas de la cosa juzgada.

Los puntos principales que deben abordarse en materia de cosa juzgada son, fundamentalmente, dos: el de su naturaleza y el de sus límites.

El problema de la naturaleza de la cosa juzgada no consiste, como se admite habitualmente, en dilucidar si se trata de una presunción de verdad, o una ficción jurídica, o una verdad formal, etc. Todas estas interpretaciones, que han dado lugar a una masa de doctrina extraordinaria[5], no procuran explicar la esencia de la cosa juzgada, sino dar su justificación. Cuando se dice que la cosa juzgada es una presunción de verdad, se da

[2] Windscheid, *Diritto delle Pandette*, t. 1, p. 505; Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, cit., p. 340; Liebman, *Efficacia ed autorità*, ps. 2 y ss.

[3] *Supra*, nos. 37 y ss., 57 y ss. y 192 y ss.

[4] Una exposición resumida de estas ideas en *Trayectoria y destino del derecho procesal hispanoamericano*, cit., p. 49.

[5] *Infra*, nº 264.

una razón de carácter social, político o en todo caso técnico, que explica de qué argumento ha debido valerse el derecho para hacer indiscutibles las sentencias ejecutoriadas. Pero eso se refiere a *cómo funciona* la cosa juzgada; no dice, en cambio, su naturaleza, el *qué es*, o *en qué consiste*, ese mismo fenómeno.

Para hallar la naturaleza misma de la cosa juzgada, lo que es necesario analizar es otra cosa. Debe explicarse si la cosa juzgada es *el mismo derecho sustancial* que existía antes del proceso, trasformado en indiscutible y en ejecutable coercitivamente; o si, por el contrario, la cosa juzgada es *otro derecho*, independiente del anterior, nacido en función del proceso y de la sentencia.

Si es lo primero, la cosa juzgada se explica por las mismas razones por las cuales se explica el derecho sustancial, y participa de su misma naturaleza. Si es lo segundo, la cosa juzgada es un nuevo derecho, de distinta esencia, que no existía antes del proceso y que requiere una justificación particular.

262. Límites de la cosa juzgada.

El segundo de los temas enunciados, el relativo a la eficacia de la cosa juzgada, ya ha sido planteado[6].

El fenómeno que aun se sigue llamando con los vocablos latinos *actio judicati* y que de tal no conserva más que el nombre, ya que tal *actio* no existe en el derecho moderno, constituye el tema de la ejecución. Ese tema es uno de los aspectos esenciales de la eficacia del proceso.

El segundo de los aspectos, es decir, la irrevisibilidad de la sentencia, se resuelve en una defensa que impide renovar el mismo debate en lo futuro. Se hace valer *in limine litis*, ya que es ésa la única forma de evitar una revisión plena de todo el proceso anterior[7].

[6] *Supra*, nº 259.
[7] *Supra*, nº 79.

El tercero de esos aspectos, el de la inmodificabilidad, no atañe al proceso ulterior sino al deber de abstención de los órganos del poder público, sean o no jurisdiccionales.

Pero ya se encare la eficacia de la cosa juzgada como coerción, su sentido de excepción para impedir la renovación del mismo juicio, o la prohibición de modificar, siempre es necesario fijar los límites de la misma.

§ 1. NATURALEZA DE LA COSA JUZGADA

263. ALCANCE SOCIAL Y POLÍTICO DE LA COSA JUZGADA.

En el estudio de la naturaleza de la cosa juzgada es menester eliminar previamente dos órdenes de cuestiones que tradicionalmente se debaten como fundamentales y que en verdad no lo son. La primera es la necesidad histórica o jurídica de la cosa juzgada; la segunda es la doctrina que ha sido denominada sociológica o política del mismo tema.

La primera de esas cuestiones es la siguiente: se dice habitualmente que la cosa juzgada es un instituto de razón natural o de derecho natural, impuesto por la esencia misma del derecho y sin el cual éste sería ilusorio; sin él la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales y el caos y el desorden serían lo habitual en los fenómenos jurídicos. Los glosadores llevaron esta noción hasta sus exageraciones máximas. Es famoso el dístico de SCACCIA: "La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; trasforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero".

Esta justificación no es absoluta. Es verdad que en el sistema del derecho la necesidad de certeza es imperiosa; el tema de la impugnación de la sentencia no es

otra cosa, como hemos procurado destacar[8], que una lucha entre las exigencias de verdad y las exigencias de firmeza. Una manera de no existir el derecho sería la de que no se supiera nunca en qué consiste.

Pero la verdad es que aun siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia.

El concepto de cosa juzgada existente en nuestros países no ha dominado en toda la historia del derecho; ni en la actualidad rige en forma igual en todos los países; y ni siquiera puede afirmarse que exista un concepto único que rija en todas las ramas del derecho procesal.

En efecto: el derecho romano tuvo de la cosa juzgada una noción distinta a la actual, dado el carácter rigurosamente privado de su proceso; más que la conclusión del juicio por cosa juzgada, en el derecho procesal romano interesaba su iniciación por *litiscontestatio*[9]; ciertas investigaciones practicadas sobre el primitivo derecho procesal noruego han demostrado que el instituto de la cosa juzgada era desconocido y que siempre en presencia de un nuevo elemento de convicción era posible rever el proceso ya decidido[10]; el derecho español y el derecho colonial americano no tenían de la cosa juzgada una noción tan enérgica como la actual: las Partidas admitían la revocación en cualquier tiempo de la sentencia dada contra el patrimonio del Rey[11], y en el

[8] *Supra*, nº 213.

[9] WENGER, *Institutionen*, § 19.

[10] CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, cit., p. 400, donde se desarrolla convincentemente la idea que aquí se viene exponiendo.

[11] Partida III, tít. 22, ley 19.

Espéculo la cosa juzgada tenía un acento tan débil que el juicio podía ser renovado dentro de un plazo de 20 años, si el anterior había sido decidido por falsos testigos o falsos documentos[12]; los plazos de ejecutoriedad de las Leyes de Indias se contaban por meses y años y no por días[13]; el derecho angloamericano tiene sobre esta materia una concepción enteramente distinta del derecho continental europeo, ya que en él la sentencia hace cosa juzgada inmediatamente de dictarse, sin perjuicio de su revisión posterior[14]; en el derecho penal la cosa juzgada no existe en su sentido de inmutabilidad, o sea como impedimento de revisar un proceso concluído ante la presencia de un nuevo elemento fundamental de convicción[15]; en el contenciosoadministrativo el ejercicio normal de recursos jerárquicos no obsta a la revisión en la vía ordinaria de las decisiones finales de la administración[16]; tampoco existe una cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria; etc.

La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica.

Sin embargo, como ya se ha anticipado, la evolución legislativa es cada día más acentuada hacia una marcha rápidamente acelerada en busca de una senten-

[12] Espéculo, libro v, tít. 4, ley 9: "Si el juicio fuere cumplido y lo quisiere deshacer aquel contra quien lo dieren... que lo haga a veinte años pero no más en adelante".

[13] Ley 30, Carlos V en Toledo, el 6 de noviembre de 1528. Perú, un año, o Filipinas un año y medio: en ambos casos "desde el día que saliere de cada provincia la flota o armada o navío de registro para estos Reynos"; t. 6, p. 202, de la edición de *Leyes de Indias* de Madrid, 1889.

[14] Black, *A treatise on the law of judgements*, 2ª ed., § 510; Millar, *Some comparative aspects of civil pleading under the anglo-american and continental systems*, en "American Bar Association Journal", t. 12, ps. 401 a 407. Posteriormente Scott y Simpson, *Cases and other materials on judicial remedies*, cit., p. 550.

[15] Florian, *Principi di diritto processuale penale*, p. 450.

[16] Linares, *La cosa juzgada administrativa*, cit., con salvedades y puntualizaciones enteramente fundadas, espec. ps. 17 y ss.; Bielsa, *Derecho administrativo*, 3ª ed., t. 1, p. 213; Demicheli, *Lo contencioso-administrativo*, t. 1, ps. 95 y ss. Para la jurisprudencia, "L. J. U.", t. 3, p. 341.

cia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto pendiente.

264. DOCTRINAS SOBRE LA COSA JUZGADA.

La otra cuestión que ha preocupado tradicionalmente a la doctrina en esta materia es la de justificar, mediante fórmulas conocidas de antemano, la eficacia de la cosa juzgada.

Estas justificaciones son, decíamos, explicaciones de contenido social, político o técnico, pero no dogmático.

Su diversidad y el cúmulo de matices que distinguen una de otra explicación, hacen poco menos que imposible el enumerarlas. Los esfuerzos hechos en ese sentido[17] envejecen rápidamente. Siempre aparecen nuevas explicaciones para una cosa que sólo se puede explicar por sí misma, o como decía el texto clásico español[18], "adquiere su fuerza maravillosamente".

La doctrina de la ficción de verdad (SAVIGNY) buscó para la cosa juzgada una justificación de carácter político, apoyada en la necesidad de prestigiar definitivamente la autoridad de la jurisdicción. Pero la interpretación es excesiva, por cuanto prescinde de la gran cantidad de casos en los cuales la sentencia no constituye una ficción de la verdad, sino la verdad real. El exceso es más tenue en la doctrina de la presunción de verdad (POTHIER), que a través de la colocación especial que la cosa juzgada adquiere en el código Napoleón, entre las presunciones legales, habría de hacer un largo recorrido histórico prolongado hasta nuestros días[19].

Derivando más o menos directamente de la teoría de la ficción y de la teoría de la presunción de verdad, aparecen las otras interpretaciones: se sostiene, por un

[17] La exposición más amplia y prolija es aún la de UGO ROCCO, *La cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, ps. 30 a 180.

[18] Partida III, tít. 22, ley 19.

[19] Sobre este tema, nos remitimos al amplio estudio que hemos titulado *La chose jugée comme présomption légale*, cit.

lado, que la cosa juzgada no es sino la consecuencia lógica de una necesidad de certeza en las relaciones jurídicas (Arturo Rocco); por otro, que es una derivación del llamado contrato judicial (Endemann); por otro, que vale y se explica como declaración auténtica de derechos subjetivos (Pagenstecher); o como uná efectiva tutela de los derechos privados (Hellwig); por otro lado se le presenta como una servidumbre pasiva (Invrea); o como una posesión aparente del derecho (Kruckman). Y así sucesivamente.

Poco ha progresado la doctrina en esta línea de reflexiones. En todo caso, siempre resulta muy ilustrativo observar que la doctrina dominante, que sigue siendo aún la de presunción de verdad, tiene su apoyo, más que en deducciones de carácter lógico, en la subsistencia de los textos legales que la establecen. Estos textos, por lo demás, como hemos tratado de demostrarlo en el estudio citado[20], son erróneos. Ni la cosa juzgada es una presunción, ni las presunciones son medios de prueba, como dice el código Napoleón.

Es necesario, pues, orientar el examen hacia el problema de la esencia de la cosa juzgada. Ese problema propone la dificultad de determinar la naturaleza vinculativa de la declaración judicial. Reducida a sus términos más simples se renueva aquí la cuestión de determinar si la cosa juzgada obliga bajo la forma de derecho nuevo, no existente antes de la sentencia (función creativa), o si, por el contrario, eso ocurre por la mera declaración (función declarativa) de los mismos derechos que se hallaban instituídos en el orden jurídico de la demanda y de la sentencia.

Como se comprende, es sólo después de haberse resuelto este problema que se podrá entrar a determinar si el derecho de la sentencia se hace indiscutible por una ficción, por una presunción, por una posesión aparente, etcétera.

[20] *La chose jugée*..., cit.

265. CRISIS DE LA DOCTRINA.

Si dentro del planteamiento que acaba de formularse, se interroga a la doctrina *cómo* es la cosa juzgada, se advierten dos soluciones opuestas.

Por una parte se sostiene que la sentencia y su consecuencia, la cosa juzgada, no constituyen sino una determinación concreta del derecho material o sustancial existente antes del proceso. Es el mismo derecho anterior, actualizado y hecho indiscutible en el caso decidido. Y lo que da su principal acento a esa nueva forma del derecho, es el carácter de obligatoriedad y de vinculación que reviste frente al juez de cualquier otro litigio futuro que pudiera provocarse sobre el mismo tema. Nada ha alterado el derecho anterior; sólo ha sido aplicado; nada hay de nuevo, sólo situaciones impeditivas de la revisión en un nuevo proceso, ligan al juez que eventualmente pudiera ser llamado a conocer de él.

Frente a esa orientación se halla otra que advierte en la cosa juzgada un poder vinculatorio diverso de la simple declaración del derecho anterior. La cosa juzgada, se sostiene, no encuentra su eficacia en el derecho sustancial preexistente a la sentencia, sino en la fuerza de la sentencia misma una vez que ésta se ha hecho indiscutible. Pasado en cosa juzgada el fallo, ha nacido en el orden del derecho una nueva norma. Su eficacia vinculatoria emana de ella misma y no de la norma sustancial anterior. Hasta puede darse el caso de que esa norma no coincida, por diversas circunstancias, con el derecho sustancial; y aun en esos casos, la cosa juzgada es obligatoria y eficaz.

La literatura procesal moderna se divide, con múltiples variantes de grado y de matiz[21], en uno u otro sentido de los expuestos.

[21] La bibliografía del tema es la misma registrada en el tema de la sentencia. Pero para la confrontación de ambas corrientes, puede consultarse especialmente, ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*, cit.; HEINITZ, *I limiti oggettivi*

Al estudiar el tema "La sentencia y el derecho"[22], hemos procurado examinar este mismo problema. No corresponde, en consecuencia, volver sobre él. Nos limitaremos, por tanto, a apuntar sólo las consecuencias de nuestra tesis sobre la cosa juzgada.

266. Cosa juzgada y proceso.

La cosa juzgada es el fin del proceso. Éste apunta hacia la cosa juzgada como hacia su fin natural. La idea de proceso es necesariamente teleológica, decíamos[23]. Si no culmina en cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento[24].

Los fines del proceso no se logran por éste, en sí mismo, que es sólo un medio, sino por la cosa juzgada.

Entre proceso y cosa juzgada existe la misma relación que entre medio y fin; entre el destino final del derecho, de obtener la justicia, la paz, la seguridad en la convivencia, y el instrumento idóneo para obtenerlos.

Sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin[25].

267. Cosa juzgada y jurisdicción.

La cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción.

Ninguna otra actividad del orden jurídico tiene la virtud de reunir los caracteres arriba mencionados: la

della cosa giudicata, cit., y Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit. En la doctrina americana, Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, cit.

[22] *Supra*, nos. 192 y ss.

[23] *Supra*, nº 80.

[24] *Supra*, nº 124.

[25] En sentido análogo, Lascano, *Jurisdicción y proceso*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 371; pero aparentemente en desacuerdo en *Cosa juzgada y prescripción*, en "Rev. J. C.", cuando afirma que la jurisdicción puede llenar sus fines sin la cosa juzgada. Este tema se plantea, sin embargo, con graves dificultades en casos como el que analiza Vidigal, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, São Paulo, 1953.

irrevisibilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos[26].

La larguísima polémica acerca de los elementos diferenciales entre jurisdicción y administración, culmina en esta peculiaridad de la cosa juzgada, propia, específica, en nuestro concepto, de la jurisdicción. Sin cosa juzgada no hay jurisdicción.

268. Cosa juzgada y derecho.

La cosa juzgada integra el orden jurídico, en sentido normativo, en grado de generalidad decreciente.

La Constitución se desarrolla en la legislación: la legislación se desarrolla en la cosa juzgada. Ésta es, como se ha dicho, no sólo la ley del caso concreto, sino la justicia prometida en la Constitución.

El derecho de la cosa juzgada, hemos sostenido[27], no es un derecho meramente declarado. Siempre existe, entre el derecho de la ley y el derecho de la sentencia, un cúmulo de diferencias que hacen de éste una cosa distinta de aquél. No sólo la certidumbre, que es ya de por sí un *quid novum* con respecto a la ley, sino también la particularidad de la decisión proferida, la cual excluye, por sí sola, todas las otras interpretaciones y aplicaciones posibles que el juez pudo haber hecho y no hizo. El derecho de la cosa juzgada es el derecho logrado *a través del proceso*. Esto quiere decir, en la experiencia jurídica, logrado a través de una larga serie de vicisitudes en las

[26] LINARES, *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, cit., p. 68, subraya correctamente esta nota diferencial: "La cosa juzgada jurisdiccional es producida por un acto o norma en relación de *coordinación* con el resto del organismo estatal, y la administrativa es producida por un órgano de relación de *subordinación* y jerarquización con el resto del organismo estatal".

[27] *Supra*, nos. 192 y ss.

cuales puede naufragar el derecho aparentemente más seguro y triunfar el derecho aparentemente más menguado.

Esta conclusión no es escéptica del derecho, sino todo lo contrario. No pertenece a su fenomenología, sino a su ontología. Ha sido así en todos los tiempos y lo es en todos los lugares. La cosa juzgada, decíamos, asegura la *lex continuitatis* del derecho.

§ 2. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

269. EXTENSIÓN DE LA COSA JUZGADA.

La sentencia pasada en cosa juzgada tiene, como se ha visto, sus atributos de irrevisibilidad y de inmutabilidad. ¿Pero quiénes no pueden pedir la revisión de la sentencia? ¿Y qué parte de la sentencia es la que no se puede mudar?

Estas preguntas constituyen el tema de los límites de la cosa juzgada[28].

[28] ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935; BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, en "Riv. di Diritto Commerciale", 1929, I, p. 544; CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, en "Riv. di Diritto Commerciale", 1922, I, p. 474, y 1923, I, p. 142; DÍAZ DE GUIJARRO, *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en "J. A.", t. 45, p. 535; DUMITRESCO, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Paris, 1935; FOE, *In materia di limiti soggettivi della cosa giudicata*, en "Riv. D. P. C.", 1932, II, p. 41; GALLI, *Cosa juzgada de las sentencias constitutivas*, en "Anales de la Facultad de La Plata", 1940, p. 389; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; JOFRÉ, *Requisitos de la cosa juzgada*, en "J. A.", t. 2, p. 152; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit.; ídem, *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en "La Ley", t. 16, sec. doct., p. 49; ídem, *Límites a la cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en "La Ley", t. 19, sec. doct., p. 1; PEREIRA ANABALÓN, *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno*, Santiago de Chile, 1954; RASELLI, *Della cosa giudicata in rapporto alle eccezioni e alle domande riconvenzionali*, en "Riv. D. P. C.", 1926, II, p. 241; UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, cit.; SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, en "Riv. D. P. C.", 1934, I, p. 251; SOLER, *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en "Rev. C. J.", t. 2, p. 241.

El primero de los aspectos es el relativo a saber quiénes no pueden volver a discutir la sentencia. Se procura en él establecer a qué sujetos de derecho les está prohibido renovar el debate, y por consiguiente a qué otros, por ser ajenos al proceso anterior, les sería eventualmente posible volver sobre él. Determinadas las personas a quienes la cosa juzgada alcanza para impedirles toda nueva actividad sobre lo mismo, queda fijada, implícitamente, la eficacia de la cosa juzgada en sentido subjetivo.

El segundo de los aspectos enunciados, el relativo a la inmutabilidad de la sentencia, abarca un problema de otra naturaleza. Admitido que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada para determinados sujetos, se hace necesario todavía establecer qué parte de la sentencia es inmutable: si lo son todas sus partes, esto es, lo enunciativo o fundamentos y lo dispositivo o fallo propiamente dicho. Es necesario, asimismo, establecer lo que ha sido, exactamente, objeto del juicio y qué ha sido materia de decisión.

270. IDENTIDAD DE OBJETO, DE CAUSA Y DE PARTES.

El art. 1351 del Código Napoleón determina que para que la cosa juzgada pueda hacerse valer como excepción debe reunir las siguientes condiciones: "la cosa demandada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes...".

Esa norma, llamada tradicionalmente de las tres identidades, ha disfrutado siempre, y continúa disfrutando, de un considerable prestigio en la jurisprudencia, aun en legislaciones como las nuestras que no la han recogido mediante texto expreso[29].

[29] "L. J. U.", t. 2, caso 438; t. 4, caso 814; "J. A.", t. 2, p. 152; t. 3, ps. 19, 612, 731 y 1059; t. 4, ps. 309, 548 y 684; t. 5, p. 152; t. 20, ps. 359 y 1090. Debe anotarse aquí, sin embargo, que contra la regla de las tres identi-

La doctrina ha sido siempre reacia a aceptar a ojos cerrados la regla de las tres identidades[30]. La identidad de partes es confusa cuando se trata de determinar en concreto las personas que se entienden por tales; la idea de objeto, aparentemente clara, ha dado también motivo a vacilaciones; y en cuanto a la noción de causa, verdadero problema en todas las ramas del derecho, se encuentra aún, en la teoría procesal, en sus comienzos. La crisis es, pues, bien comprensible.

Sin embargo, no puede vaticinarse un abandono total de la regla de las tres identidades. Aunque el problema en su aspecto estrictamente técnico deba considerarse con mayor precisión desde el punto de vista más amplio de la identidad de las acciones[31], lo cierto es que la simplicidad de la fórmula tomada en términos generales será siempre un valioso auxiliar para guiarse en la práctica del derecho.

En las páginas que siguen, esa regla no aparece configurada como tal. Bajo el concepto de "límites subjetivos de la cosa juzgada" se analiza el problema de saber a quiénes alcanza el fallo; y bajo el de "límites objetivos de la cosa juzgada" se trata de determinar cuál es, estrictamente, la *res in judicium deductae*.

Pero antes de entrar al fondo de la cuestión, se hace indispensable anticipar una aclaración de léxico, de especial importancia para el manejo de los conceptos.

---

dades ha reaccionado, invocando la enseñanza de BIBILONI, la Corte Suprema argentina: "J. A.", t. 44, p. 33. También "La Ley", t. 2, ps. 790 y 908; t. 6, p. 858.

[30] Ya con relación al derecho romano, MAYNZ, *Droit romain*, t. 1, nº 69; con relación al derecho francés, aun en presencia del texto legal citado, BOISSONADE y BONNIER, *Autorité de la chose jugée; observations sur l'identité de cause et de objet*, en "Revue de Législation Française et Étrangère", 1873, ps. 643 y ss. (*apud* GARSONNET y CÉZAR-BRU, *Traité*, t. 3, p. 412); en forma concordante, con gran energía, BIBILONI, *Anteproyecto de Código Civil argentino*, art. 534 y su nota; t. 1, p. 184 de la edición Kraft, Bs. Aires, 1939.

[31] Así, BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, 2ª ed., Padova, 1924, y la amplia bibliografía allí citada.

A) *Cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial*

271. FUNDAMENTOS DE LA DISTINCIÓN.

La distinción entre cosa juzgada formal y sustancial o material, constituye el paso previo al estudio de los límites de cosa juzgada.

Cuando se enfrenta la necesidad de determinar en qué sentido la cosa juzgada obliga a las partes y a los terceros y hasta dónde ejerce su poder vinculatorio, se hace necesario distinguir dos situaciones.

Por un lado se ofrece al intérprete la situación de que determinadas decisiones judiciales tienen, aun agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse.

A esta forma particular se le llama, en doctrina, *cosa juzgada formal*.

Algunos ejemplos muy frecuentes permitirán percibir esta forma de cosa juzgada.

En el juicio de alimentos se fija por la sentencia cierta pensión en beneficio del acreedor; el derecho positivo establece en algunos casos que ese fallo no admite apelación[32]. Existe, pues, a este respecto, cosa juzgada en el sentido de inimpugnabilidad de la sentencia, la que no podrá ya ser atacada en la vía de los procedimientos sumarios propios del juicio de alimentos, sino en un procedimiento posterior[33].

[32] Uruguay, art. 1301; Bolivia, 612; Ecuador, 782. Las restantes legislaciones han optado por la apelabilidad tan sólo con efecto devolutivo.

[33] Sobre la naturaleza de este nuevo procedimiento, "Rev. D. J. A.", t. 39, p. 1. También, t. 46, p. 74.

En el juicio ejecutivo o en el juicio posesorio, llega un momento en que la decisión no admite más recurso, quedando así cerrada toda forma de revisión en la vía ejecutiva o sumaria. Pero es principio general en el derecho de nuestros países, que el agotamiento de los recursos en la vía ejecutiva o sumaria no obsta a la promoción de un juicio ordinario posterior tendiente a modificar los efectos de la cosa juzgada[34]. En el juicio de guarda de menores la situación se resuelve en cosa juzgada formal y no material[35]. Otro tanto ocurre con la investigación sumaria de la paternidad[36].

Puede darse, asimismo, la situación siguiente dentro de nuestro derecho. Durante la minoría de edad del hijo, su madre promueve acción de investigación de la paternidad, la que es desechada por haberse instaurado después de los dos años del nacimiento del niño. La sentencia que tal cosa decida, hace cosa juzgada. Pero dicha cosa juzgada se refiere solamente al estado tenido en cuenta en la decisión anterior, y no obsta a que, llegado el hijo a la mayoría de edad, pueda promover nueva demanda y obtener un pronunciamiento favorable sobre el fondo del asunto[37].

En esos casos el concepto de cosa juzgada sólo adquiere una de sus notas características: la de la inimpugnabilidad; pero carece de otra: la de su inmutabilidad. La cosa juzgada es eficaz, tan sólo, con relación al juicio concreto en que se ha producido o con relación al estado de cosas (personas, objeto, causa) tenido en cuenta al decidir. Nada impide que, subsanadas las circunstancias que provocaron el rechazo de la demanda anterior, la cuestión pueda renovarse en un nuevo jui-

[34] Uruguay, art. 940; Cap. Fed., 500; Bolivia, 452; Costa Rica, 434; Cuba, 1477; México (D. F.), 461; Paraguay, 434; Perú, 1083.

[35] ACHARD, *El juicio de guarda*, en "Rev. D. J. A.", t. 43, p. 65.

[36] También ACHARD, *De la investigación sumaria de la paternidad en la legislación relativa a menores*, en "Rev. D. P. P.", t. 16, p. 323.

[37] "Rev. D. P. P.", t. 5, p. 13.

cio[38]. Se dan, asimismo, casos en los cuales la cosa juzgada ve debilitadas sus características de inmutabilidad. Se habla, entonces, según las circunstancias, de sentencias provisorias, condicionales, alternativas, etc.[39].

272. ALCANCE DE LA DISTINCIÓN.

Existe, en cambio, *cosa juzgada sustancial*, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior.

En cierto modo, la cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada en sentido sustancial[40], ya que constituye un antecedente necesario sin el cual no es posible llegar a ésta.

Puede existir cosa juzgada formal sin cosa juzgada sustancial, tal como ocurre en los ejemplos que acaban de proponerse. No puede existir, en cambio, cosa juzgada sustancial sin cosa juzgada formal, porque a ésta no se llega sin la preclusión de todos los medios de revisión.

La afirmación ya anticipada de que la cosa juzgada es la suma preclusión se refiere especialmente a esta circunstancia. La plena eficacia de la cosa juzgada sólo se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las

[38] La distinción entre "inimpugnabilidad" (o "imperatividad") e "inmutabilidad", ha dado lugar a una ardorosa polémica, a raíz de la aparición del libro de LIEBMAN, *Efficacia ed autorità...*, reiteradamente citado en estas páginas. Sus ideas fueron refutadas por CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, en "Riv. D. P. C.", 1935, I, p. 205, dando motivo a la réplica posterior de LIEBMAN, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, en la misma revista, 1936, I, p. 237, cerrándose la polémica con un resumen de CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*, en "Riv. D. P. C.", 1937, I, p. 78. Dicho debate es ilustrativo, no sólo para la teoría general de la cosa juzgada y sus efectos frente a los terceros, sino también para la distinción que en estas páginas se formula entre cosa juzgada formal y sustancial (o material).

[39] Nos remitimos aquí a cuanto hemos dicho en *Sentencias condicionales, provisorias y alternativas*, "Rev. D. J. A.", t. 44, p. 202, y en *Estudios*, t. 3, y a la copiosa bibliografía allí referida.

[40] ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 513.

posibilidades procesales de revisión de la sentencia; tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro juicio posterior.

273. APLICACIONES PRÁCTICAS.

La distinción entre ambos grados de la cosa juzgada es ilustrativa en sus aplicaciones prácticas.

Por lo pronto ha permitido en otra oportunidad[41] sentar la tesis de que respecto de las mere-interlocutorias sólo puede hablarse de cosa juzgada formal. Éstas quedan fuera de la posibilidad de impugnación por acto de las partes, pero no pasan nunca en autoridad de cosa juzgada sustancial a fin de impedir su rectificación por iniciativa del juez. El problema, que fue equívoco durante largo tiempo, no lo es en la actualidad si se consideran las dos formas de cosa juzgada que aquí se refieren.

Una de las cuestiones más discutidas en la jurisprudencia argentina, la del alcance del juicio ordinario posterior al ejecutivo[42], resulta aclarada si se toma como punto de referencia la cuestión en estudio. Las excepciones y defensas que fueron objeto de amplio debate y prueba plena en el juicio ejecutivo, se dice, no pueden ya ser revisadas en el juicio ordinario; concurren a impedirlo las razones que se dan en favor de la cosa juzgada sustancial: la improductividad de dos procesos amplios

[41] *Supra*, nº 121.

[42] Sobre este problema, JOFRÉ, "J. A.", t. 2, p. 354; ACUÑA ANZORENA, *Juicio ejecutivo y cosa juzgada*, en "J. A.", t. 65, p. 762; FERNÁNDEZ, *Juicio ordinario posterior al ejecutivo*, en "J. A.", t. 53, p. 185; IMAZ, *Juicio ordinario posterior al ejecutivo*, en "J. A.", t. 42, sec. doct., p. 37; ODERIGO, *El juicio ejecutivo y la cosa juzgada*, en "J. A.", t. 42, p. 1159; PARRY, *Competencia en el juicio ordinario de repetición posterior al ejecutivo*, en "La Ley", t. 25, p. 943, y luego, exhaustivamente, *Juicio ordinario posterior al ejecutivo*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 537; PECACH, *Juicio ordinario subsiguiente al ejecutivo y juicio ordinario de repetición*, en "J. A.", t. 68, p. 117; ACUÑA, *Valor de la cosa juzgada en el juicio ejecutivo para la vía ordinaria*, en "Justicia", Córdoba, enero 1945, p. 19.

sobre la misma cosa, con su multiplicidad de instancias, la desmesurada onerosidad de una solución de esa naturaleza, el desprestigio de las vías de ejecución[43], etc. En cambio, cuando la estrictez del juicio ejecutivo no ha permitido aducir determinadas defensas o producir determinadas pruebas fundamentales, siempre existe la válvula de seguridad del juicio posterior, ya que ésa es su finalidad. La jurisprudencia apoya, cada día más acentuadamente, esta solución; pero aun se continúa afirmando en las sentencias, que en juicio ejecutivo no puede hablarse de cosa juzgada, o viceversa. Lo que en realidad ocurre es que existe cosa juzgada solamente formal (inimpugnabilidad por vía de recurso o por vía abreviada) de aquellas cuestiones que no pudieron aducirse o probarse en la vía ejecutiva, las que pueden ser reconsideradas en el juicio ordinario; y algunos sostienen que existe, en cambio, cosa juzgada sustancial, o material, para todas aquellas que fueron objeto de amplio debate en la vía ejecutiva que, por adquirir carácter de inmutabilidad, no pueden reconsiderarse en el juicio posterior.

Por nuestra parte disentimos con esta última opinión, por las razones que daremos al volver sobre este tema[44].

En los problemas derivados de la legitimación procesal, tales como aquellos en que se rechaza la demanda por no ser el actor el titular del derecho invocado, el concepto de cosa juzgada formal permite distinguir el alcance del fallo. Éste decide, en todo caso, mediante cosa juzgada formal, el problema tal como ha sido propuesto en el juicio decidido. Pero no existe cosa juzgada sustancial en cuanto a que el verdadero titular pueda promover la misma cuestión en un nuevo proceso[45].

[43] En estos mismos términos, "Rev. D. P. P.", t. 18, p. 93.

[44] Nuestra opinión se expone más adelante, *infra*, nos. 307 y ss.

[45] En este sentido, con excelentes desarrollos, LORETO, *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, cit., § 21.

Las sentencias que alguna vez la doctrina ha llamado *provisionales*, como la de alimentos o litisexpensas[46], o las llamadas condenas de futuro[47]; o las que fijan una indemnización sobre bases de hecho que luego se modifican[48], y, en general, todos aquellos casos en los cuales la decisión pone fin al juicio pendiente pero no obsta a un nuevo debate entre las mismas partes, en razón de un cambio de circunstancias, sólo pueden explicarse partiendo de la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial. La primera admite la reanudación del debate y no por eso deja de ser cosa juzgada. La segunda cierra definitivamente toda posibilidad de debate posterior.

274. Inmutabilidad de la cosa juzgada.

La distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial o material no constituye sino un modo de aclarar situaciones diversas, a las que no siempre la doctrina ha prestado justa consideración.

Durante largo tiempo se habló de "cierta especie de autoridad de cosa juzgada"[49] para referirse a situaciones en las cuales, en forma anómala, la llamada cosa juzgada perdía uno de sus atributos fundamentales: la inmutabilidad.

Hoy puede determinarse con relativa precisión que, cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de *cosa juzgada formal*.

[46] De María, en "Rev. D. J. A.", p. 343.

[47] Ampliamente, sobre este tema en nuestra doctrina, Carnelli, *Las condenas de futuro*, en *Cuestiones de procedimiento civil*, p. 231. Asimismo, nuestro estudio *Sentencias condicionales, provisorias y alternativas*, cit.

[48] Sobre este tema, Cordier, *La révision des indemnités pour dommages*, Paris, 1934; Spota, *La indemnización por daños futuros*, en "J. A.", t. 53, p. 95.

[49] Díaz, *Cosa juzgada*, p. 12.

Y cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe *cosa juzgada sustancial*, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar, definitivamente, lo resuelto.

B) *Límites subjetivos de la cosa juzgada*

275. PERSONAS ALCANZADAS POR LA COSA JUZGADA.

El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia.

El punto de partida en esta materia es el de que, por principio, la cosa juzgada alcanza tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido partes en el juicio anterior no son afectados por ella, y pueden proclamarse ajenos a ésta aduciendo que *res inter alios judicata alliis neque prodesse neque nocere potest*. La doctrina francesa ha dicho siempre que esta regla es la misma que rige para las convenciones.

Es éste el principio tradicional del derecho romano. Como es sabido, el *common law*, apoyado sobre el principio del valor obligatorio de los precedentes, procede de distinta manera[50]. Una aproximación a este sistema se halla dentro del régimen llamado de *fallos plenarios*. Pero sobre éstos dentro de nuestro derecho hemos ya apuntado nuestras salvedades en otro lugar[51].

[50] Véase, sin embargo, la completa exposición de ambos sistemas que hace RODRÍGUEZ RAMOS, *Reexamen del precedente judicial en Puerto Rico*, en "Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico", 1954, p. 7; ídem, *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law, in the Legal metod in Puerto Rico*, en "Tulane Law Review", 1949, p. 360.

[51] *La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, en *Estudios*, t. 1, p. 99. Posteriormente, *Alcance de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica", Buenos Aires, 1944, p. 42; las sucesivas notas de DEVEALI, en "Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1941,

Sin embargo, a medida que desciende el principio hacia las situaciones particulares, se observa que las conclusiones van perdiendo nitidez

Surge, por ejemplo, la duda de saber en qué sentido la persona del sucesor se confunde con la de su causante y si la cosa juzgada dictada contra éste alcanza a aquél. Surge la cuestión que consiste en establecer el valor de la sentencia dada contra el comunero, contra el que tiene un derecho derivado del de otro, contra el acreedor, contra el coheredero, etc.

276. LA COSA JUZGADA CON RELACIÓN A LAS PARTES.

La aplicación de la regla de que la cosa juzgada alcanza a quienes han sido partes en el juicio, impone la conclusión de que sus efectos se consideran indistintamente según que el actor del primer juicio actúe como demandado en el segundo y viceversa; el cambio de posición no altera el efecto de la cosa juzgada[52].

Esos efectos, referidos principalmente a los litigantes, se extienden naturalmente a sus herederos. No parece que deba acudirse para explicar este fenómeno al argumento de la *representación*, habitual en la doctrina francesa del siglo pasado[53]. La cosa juzgada dada contra el padre no puede obligar al hijo o al nieto o al bisnieto porque aquél haya actuado en juicio en representación de éstos, que pudieron no estar siquiera concebidos en el tiempo del proceso. La cosa juzgada obliga al heredero por virtud del principio *de sucesión* que

---

ps. 111 y 225; 1945, p. 82; 1946, p. 252; DASSEN, *Alcance de los fallos plenarios*, en "J. A.", 1946-III, p. 333. El art. 45 de la Constitución argentina de 1949 cambió los términos de este problema. Cfr. DEVEALI, *Sobre la obligación de dictar fallos plenarios*, en "Derecho del Trabajo", 1952, p. 595.

[52] "L. J. U.", t. 3, caso 814.

[53] Así, AUBRY y RAU, *Cours*, t. 12, nº 719, ed. BARTIN. Asimismo, ROUSSEAU y LAYSNEY, *Dictionnaire*, t. 8, p. 70, con resumen de toda la doctrina, sobre la condición de los terceros.

hace que el patrimonio, con todos sus valores corporales e incorporales, lo reciba el heredero tal cual se hallaba en vida del causante.

Por virtud del mismo principio de sucesión, la cosa juzgada obliga al derechohabiente a título singular. La cosa juzgada que declara la existencia de una servidumbre, dada contra el vendedor, obliga al comprador; la dada contra el cedente obliga al cesionario.

El principio de representación rige, en cambio, en todos aquellos casos en que la ley confiere a un sujeto de derecho la legitimación procesal para actuar en juicio en interés y defensa de otro. Así ocurre, en términos generales, respecto del síndico frente a la masa; del defensor de oficio frente al ausente; del padre frente al hijo menor; del tutor frente al pupilo; del curador frente al incapaz; etc. En esos casos, la cosa juzgada dada contra el representante alcanza al representado, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran surgir entre ambos.

No alcanza, en cambio, a quien no ha sido representado ni es sucesor a título universal o singular, como ser el acreedor. Éste, por principio general, es ajeno a la cosa juzgada aunque en determinadas condiciones deba soportar sus efectos[54]. Pero si la cosa juzgada se hubiera obtenido con fraude o colusión, el acreedor puede no sólo sostener la inoponibilidad sino también, en determinadas situaciones, provocar la revocación de la cosa juzgada colusoria[55].

El problema de la identidad de partes no se refiere, como se ve, a la identidad física, sino a su identidad

[54] El problema de los acreedores, en las legislaciones que carecen de texto especial, es verdaderamente arduo. Dos tesis opuestas se disputan el campo en razón de la mayor o menor extensión de los efectos de la cosa juzgada. Así, ALLORIO, *La cosa giudicata*..., cit., ps. 91 y ss., y LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*..., ps. 123 y ss. De este último merece anotarse, además, *Límites a la cosa juzgada*..., cit., en "La Ley", t. 19, sec. doct., p. 1.

[55] Nos remitimos sobre este tema a cuanto hemos resumido en los nos. 223 y 245.

jurídica. No hay identidad si se actúa como mandatario en un juicio y por derecho propio en otro; como heredero beneficiario en un juicio y como acreedor hipotecario en otro; etc.[56].

277. La cosa juzgada con relación a terceros.

Las soluciones enunciadas son tan sólo de principio y no han sido sostenidas unánimemente en las diversas legislaciones.

Así, por ejemplo, reclaman una especial consideración la situación del acreedor hipotecario frente al juicio de reivindicación; la del heredero contra su coheredero; la del legatario frente al heredero; la del usuario o del usufructuario frente al propietario; la del condómino; la del arrendatario. Es también digna de consideración la situación que surge frente a las sentencias dadas en materia de estado civil, que han dado motivo a soluciones contradictorias de la doctrina y de la jurisprudencia, especialmente en razón de la premisa tan difundida, y para nosotros muy discutible, de que las sentencias constitutivas surten efectos *erga omnes*[57].

Algunas legislaciones americanas han tenido para estos casos una consideración especial, determinando en una casuística amplia, las soluciones particulares[58]. En este caso, tal como ocurre en nuestro país, el problema disminuye su entidad dadas las soluciones previstas en el derecho positivo. Pero a falta de textos especiales, los

[56] GABOLDE, *Preuve des obligations*, en el *Traité pratique*, de PLANIOL y RIPERT, t. 7, p. 894.

[57] Sobre este tema, imposible de dilucidar aquí. véase la amplia bibliografía reciente referida al pie del nº 257.

[58] Uruguay, art. 479. Un texto semejante no subsiste en ninguna legislación americana, ni aun en las que le sirvieron de fuente. Su exégesis ha sido hecha eficazmente por DÍAZ, *Cosa juzgada*, cit., ps. 51 y ss., y GALLINAL, *Sentencias*, ps. 211 y ss. Disposiciones que rigen la eficacia de la cosa juzgada respecto de los terceros existen en los códigos de Colombia, arts. 476 y 552; Ecuador, 316, 345 y 527; México, 689; Perú, 1082.

principios arriba enunciados, y los que son su consecuencia natural, pueden contribuír a una solución sistemática eficaz.

C) *Límites objetivos de la cosa juzgada*

278. Objeto de la decisión.

Se habla de límites objetivos de la cosa juzgada para referirse al objeto mismo del litigio y de la decisión. El precepto clásico en este sentido era el de que la cosa juzgada cubre todo cuanto se ha disputado.

Pero de *objeto de la decisión* puede hablarse en dos sentidos.

Por un lado puede hablarse de lo que ha sido materia de decisión en un sentido rigurosamente procesal; es decir, lo que ha sido decidido. Así, por ejemplo, puede serlo tan sólo la parte dispositiva del fallo, o en un sentido más amplio puede serlo todo el conjunto de la sentencia, como una unidad jurídica, comprendiendo sus fundamentos o considerandos.

Pero de objeto de decisión puede hablarse también en un sentido sustancial, para referirse a lo que ha sido verdaderamente materia de litigio, a la *res in judicium deductae*: el objeto y la causa.

De estos dos aspectos es menester ocuparse para fijar los límites de eficacia de la cosa juzgada.

279. Cosa juzgada y fundamentos del fallo.

El problema de saber qué es lo que pasa en autoridad de cosa juzgada, si solamente lo dispositivo de la sentencia, o juntamente con éste los motivos o fundamentos en que se apoya la decisión, es un problema que tuvo

una solución pacífica durante el siglo XIX y sobre el cual se han producido importantes variaciones posteriores.

Según la conocida enseñanza de SAVIGNY[59], la sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivo media una relación tan estrecha que unos y otro no pueden ser nunca desmembrados si no se desea desnaturalizar la unidad lógica y jurídica de la decisión. Ésta fue la idea dominante durante el siglo pasado, que sólo varía a fines de él en Alemania bajo el influjo de la disposición del § 32 de la Z.P.O.

Este movimiento tuvo manifestaciones análogas en los países de cultura jurídica latina, aun sin apoyo de un texto expreso de ley. Tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen hasta hoy, que sólo lo dispositivo de la sentencia es lo que constituye objeto de la decisión; el Estado, que tiene por intermedio de sus órganos un querer jurídico, no tiene, sin embargo, un modo oficial de razonar; las premisas o motivos de la decisión constituyen un modo de fiscalización sobre los procesos intelectuales del juez en la formación lógica de la sentencia[60]; puede la sentencia ser justa en lo dispositivo y ser errónea en los motivos, en cuyo caso habría una verdadera colisión dentro de la propia estructura interna de la cosa juzgada; y por último, las premisas o fundamentos, que son tan sólo un antecedente lógico del fallo, no pueden normalmente constituír cosa juzgada porque ésta es, en último término, una forma especial de autoridad que adquiere la sentencia como acto de voluntad.

En esta tesis tanto la doctrina[61] como la jurispru-

[59] *Sistema*, t. 5, p. 223.

[60] *Supra*, nos. 178 y ss.

[61] Para la doctrina francesa, AUBRY y RAU, t. 8, p. 369; GRIOLET, *Chose jugée*, ps. 113 y ss.; CARDOT, *Du principe que l'autorité de la chose jugée resulte non des motifs mais du dispositif des jugements et arrêts*, en "Revue Critique", t. 32, p. 452; GARSONNET y CÉZAR-BRU, *Traité*, t. 3, p. 408. Para la doctrina italiana: MENESTRINA, *La pregiudiziale*, p. 115; CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, t. 2, p. 399; HEINITZ, *Limiti oggettivi*, p. 205. Para la doctrina hispano

dencia[62] se sostuvieron firmes y el problema se consideró virtualmente agotado[63]. Algunas diferencias de este sistema con el derecho angloamericano[64] contribuyeron más bien a arraigar las características del concepto que a debilitarlas.

Pero en los últimos años parece volverse a dudar del alcance de esta doctrina pacífica. Invocando la antigua enseñanza de SAVIGNY, no obstante que ésta no era una concepción doctrinal personal, sino una interpretación del derecho común alemán, es decir, el derecho germánico luego de la recepción del derecho romano, se ha vuelto a insistir en que la sentencia es una unidad, con todas sus partes correspondientes entre sí, y que puede tener igual grado de eficacia entre todas ellas. Este movimiento, aunque no es ni muy firme ni unánime, ha sido refrendado, sin embargo, por tribunales de prestigio[65].

280. VALOR DE LOS FUNDAMENTOS.

En nuestro particular modo de ver, el problema debe ser objeto de cierta aclaración.

Los motivos o fundamentos del fallo pueden utilizarse ampliamente como elemento de interpretación de los pasajes poco claros de lo dispositivo del fallo. No se

---

americana, PRIETO CASTRO, *Exposición*, t. 1, p. 315; DE MARÍA, en "Rev. D. J. A.", t. 11, p. 212. Véase, sin embargo, en contra, JOFRÉ, *Manual*, t. 3, p. 304; FERNÁNDEZ, *Código*, p. 121; ZAVALA RODRÍGUEZ, *El pago de la deuda y la cosa juzgada*, en "J. A.", t. 46, p. 1036.

[62] En la jurisprudencia uruguaya, "Jur. A. S.", t. 1, caso 519; t. 3, caso 848, con excelente fundamentación que, por la naturaleza del desarrollo, debe atribuírse a DE MARÍA.

[63] JOFRÉ, "J. A.", t. 9, p. 213; CHIOVENDA, *loc. cit.*

[64] Una excelente exposición en este sentido, es la de MILLAR, *Las premisas de la sentencia como cosa juzgada en el derecho continental y angloamericano*, trad. Bledel, en "La Ley", t. 24, sec. doct., p. 13.

[65] Especialmente, la Corte Suprema argentina, en "Fallos", t. 111, p. 339, y en "J. A.", t. 5, p. 21. Véase, asimismo, "J. A.", t. 44. p. 540, y "La Ley", t. 18, p. 467, con amplia fundamentación.

trata de *interpretación auténtica*, que es una doctrina que ya hemos rechazado[66]. Se trata de que siendo un antecedente lógico de la decisión, debe reinar entre una y otra parte la debida correspondencia y armonía. Y la oscuridad de una se ilustra con la claridad de la otra. Ambas partes se prestan, recíprocamente, puntos de apoyo que aseguran la inteligencia de todo el conjunto.

En este sentido, desde un punto de vista estrictamente interpretativo, los antecedentes lógicos de la decisión tienen una eficacia semejante a los antecedentes de todos los actos jurídicos: al debate parlamentario para interpretar la ley; a los fundamentos del acto administrativo; a los actos de los contratantes en los negocios bilaterales; a las aclaraciones previas del testador en el acto de disposición de última voluntad; etc.

Hasta debe admitirse que la necesidad de acudir a los motivos es absoluta en ciertas circunstancias. Así, por ejemplo, en las sentencias que absuelven pura y simplemente de la demanda, nunca será posible determinar el alcance exacto de la cosa juzgada, y, en especial, el objeto y la *causa petendi*, sin acudir a la motivación de la sentencia[67].

Por más que en los últimos tiempos se haya notado un fuerte movimiento dirigido a reducir el valor de esos elementos interpretativos, como natural reacción a su excesiva estimación anterior[68], lo cierto es que nadie ha llegado a desdeñar en absoluto su eficacia ilustrativa de aquellos pasajes en que la letra de la fórmula final no tiene la necesaria claridad.

Con exagerado simplismo, la doctrina contraria ha

[66] *Supra*, nº 183.

[67] NÚÑEZ, *Contralor de la motivación de la sentencia*, en "Rev. J. C.", 1948, nº 5, p. 111, examina el control en casación de los fundamentos de la sentencia, atacando, con convincentes razones, el criterio restrictivo del fallo que anota. "que tomado en su literalidad significa abolir la disposición legal que declara nula la sentencia falsa o contradictoria en la motivación".

[68] Especialmente a raíz del trabajo de CAPITANT, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, en el "Recueil Gény", t. 2, p. 214.

hecho decir a la que sostiene que sólo lo dispositivo hace cosa juzgada, mucho más de lo que ella ha afirmado[69].

Pero el valor de antecedente ilustrativo de los fundamentos, no significa en manera alguna que esos antecedentes pasen también en cosa juzgada.

En un juicio que sigue A contra B por cobro de una suma de dinero se discute la causa lícita o ilícita de una determinada obligación cambiaria que da origen a la demanda; el juez en su sentencia afirma entre otros motivos de nulidad de la obligación, como un argumento más entre los muchos que formula, que todas las obligaciones cambiarias suscritas por el demandado tenían causa ilícita, por cuyo motivo hay que presumir que la que da origen al juicio también lo tiene. Es evidente, a nuestro modo de ver, que esa premisa de que todas las obligaciones cambiarias del deudor tienen causa ilícita, no hace cosa juzgada frente a otra demanda que el mismo acreedor pudiera interponer contra el mismo deudor por cobro de otra obligación cambiaria, distinta de la que fue objeto del juicio anterior. En esa nueva demanda, el demandado no podrá excepcionarse invocando la premisa asentada en el juicio anterior de que todas las obligaciones tienen causa ilícita. El *objeto* de la nueva demanda es distinto y su contenido jurídico no ha sido motivo de debate ni de resolución alguna, ni expresa ni implícita, en lo dispositivo del juicio anterior.

De sostenerse que los motivos pueden llegar a pasar en cosa juzgada, todo litigante, aun cuando haya triunfado, deberá deducir apelación contra la sentencia si no quiere que mañana esos motivos, aun cuando equivocados, pudieran volverse contra él con la fuerza de la cosa juzgada. Pero la jurisprudencia es muy firme en sentido

[69] El valor interpretativo de los motivos está admitido por CHIOVENDA, *loc. cit.*; por ROSENBERG, *op. cit.*, p. 531; por DE MARÍA, *loc. cit.*, y, en general, por toda la doctrina que sostiene que sólo lo dispositivo pasa en cosa juzgada. Es ésta también la conclusión de la jurisprudencia; así, en "L. J. U.", t. 2, caso 552; t. 3, caso 814.

de que los motivos no son, normalmente, objeto de apelación[70].

Sin embargo, es menester apresurarse a anticipar que la eficacia de la cosa juzgada, se extiende necesariamente a aquellas cuestiones que han sido objeto de debate expreso en el juicio anterior y que, sin ser motivo de una decisión explícita, han sido resueltas implícitamente en un sentido o en otro, como antecedente lógico de la decisión[71].

La doctrina ha puesto siempre como ejemplo la condición de heredero cuando a éste se lo demanda por una obligación de su causante; si tal condición de heredero es negada y la sentencia decide en definitiva que existe tal condición y que, en consecuencia, debe pagarse la deuda, ese fallo, aunque sólo se refiera a la obligación, hace cosa juzgada en cuanto al estado civil, el que no podrá volver a debatirse de nuevo en otro juicio entre las mismas partes[72]. Pero el ejemplo es algo artificial. Un caso más preciso ha sido puesto como ejemplo de prejudicialidad[73]. Se demanda el cobro de un cupón de dividendo de determinada acción de una sociedad anónima; la parte demandada se niega alegando la falsedad del título o acción; la sentencia decide que, efectivamente, el título es falso y no corresponde pagar el cupón. Es evidente que ese fallo, aunque sólo se pronuncie sobre el cupón de dividendo, hace cosa juzgada respecto del cobro de dividendo de otro ejercicio posterior.

En resumen puede afirmarse que, en principio, las premisas o considerandos del fallo no hacen cosa juzgada. Pero por excepción adquieren esa autoridad cuan-

[70] En estos mismos términos, "L. J. U.", 2696.

[71] *Supra*, nº 222 y jurisprudencia allí citada.

[72] Ampliamente y en forma verdaderamente excelente, no obstante el tiempo trascurrido desde su publicación, sobre este tema, MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, cit. Posteriormente, CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 1, p. 350.

[73] MILLAR, *Las premisas de la sentencia*..., cit.

do lo dispositivo se remite a ellos en forma expresa[74] o cuando constituyen un antecedente lógico absolutamente inseparable (cuestión prejudicial) de lo dispositivo.

281. OBJETO Y CAUSA DE LA DECISIÓN.

Establecido el alcance de lo que se entiende por *objeto de decisión* en su sentido procesal, corresponde determinar su significado en sentido sustancial; las nociones de objeto y causa.

La doctrina ha destinado largo estudio a este tema, ya sea pugnando por su supresión y reducción a uno solo, ya sea sosteniendo la utilidad de su mantenimiento[75].

Frente a ese debate, la jurisprudencia ha preferido, sin embargo, seguir manejando los conceptos clásicos, ya que ellos contribuyen a resolver situaciones que sin esa distinción crearían dificultades interpretativas[76]

Por *objeto* se entiende, normalmente, el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio: el *corpus* en las acciones que se refieren a bienes corporales; el estado civil, los atributos morales, y en general el bien que se ansía, en las acciones que versan sobre derechos incorporales.

Por *causa* se entiende el fundamento inmediato del derecho que se ejerce. Es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior.

Pero de objeto y de causa se puede hablar en tantos otros sentidos, además de los enunciados, que resulta

[74] *Supra*, nº 222.

[75] DASSEN, *Alcance de los fallos plenarios*, en "J. A.", 1946-III, p. 333.

[76] Así, "L. J. U.", t. 3, caso 814; "La Ley", t. 2, p. 790; t. 8, p. 223. Sin embargo, abundantes fallos sostienen que en nuestro derecho, en ausencia de un texto similar al art. 1351 del Código Napoleón, la regla de las tres identidades no existe. Así, p. ej., "La Ley", t. 8, p. 686; t. 7, p. 611; t. 6, p. 235; t. 6, p. 858; t. 10, p. 1054; t. 9, p. 327. Pero cuando se examinan detenidamente los fallos que, en principio, sientan esa premisa, se advierte que la conclusión puede ser admitida con la aplicación de la regla de las tres identidades, con la salvedad de que no se dé a ella el alcance estrecho y cerrado que la doctrina procesal viene combatiendo desde largo tiempo atrás.

indispensable, aun sin penetrar en el debate de la doctrina del derecho civil, intentar una determinación más precisa de su significado.

282. IDENTIDAD DE OBJETO.

Por lo pronto, parece indispensable destacar que cuando se habla de *objeto* en la cosa juzgada, se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. No se trata, en nuestro concepto, del derecho que se reclama. En la acción reivindicatoria, el bien es el mueble o inmueble que se pide y no el derecho de propiedad, como se ha sostenido[77]. Dentro del concepto de identidad de objeto (*eadem res*) no es necesario hacer interferir el derecho que lo protege, porque cuando se trata de determinar cuál es el bien garantido por la ley, los elementos objetivos de la acción se desdoblan: el objeto por un lado y la causa por otro[78].

De objeto se habla, pues, para referirse a la cosa corporal o incorporal, ya sea una especie, ya sea un género, ya sea un estado de hecho[79].

Como se comprende, la claridad de este punto no ha podido procurar grandes dificultades ni a la doctrina ni a la jurisprudencia. La cosa discutida debe ser determinada con toda precisión en el primer litigio. La identidad de objeto es, pues, fácilmente perceptible conforme se proceda a su identificación en el segundo.

La disputa que ha provocado alguna dificultad ha sido tan sólo la que surge cuando en el primer litigio se demanda una parte y en el segundo un todo, tal como ocurre cuando en primer término se demanda una cuota de crédito y luego se demanda el crédito íntegro. Fren-

[77] DE PAGE, *Traité*, t. 3, p. 923, pero sin fundamentación convincente.

[78] ASÍ, CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 1, p. 325.

[79] "L. J. U.", t. 3, caso 814; DEMOGUE, *Jurisprudence en matière de droit civil: Notion de l'identité d'objet du point de vue de la chose jugée*, en "Rev. T. D. C.", 1937, p. 626.

te a este problema, es menester acudir al concepto de prejudicialidad que acaba de mencionarse[80]. Si la decisión anterior relativa a la parte tiene como antecedente lógico inseparable, la pertenencia del todo, se puede hablar de cosa juzgada. Por el contrario, si en el juicio anterior se ha discutido el derecho a la totalidad de los bienes, y la demanda ha sido rechazada sin pronunciarse sobre el derecho a una parte de ellos, bien puede ocurrir que no exista cosa juzgada frente a una nueva acción dirigida tan sólo a reclamar la parte.

Por esto el principio de *identidad de objeto* difícilmente puede desmembrarse del principio de *identidad de causa*. La ventaja, difícilmente superable, de la idea clásica de las tres identidades, reside en que pueden darse casos en que la consideración aislada del objeto puede hacer aparecer como distintas, acciones que en el fondo no lo son; y, viceversa, puede hacer aparecer como idénticas, acciones diferentes. De aquí que sea siempre muy difícil pronunciarse sobre la identidad de objeto, sin entrar a considerar la *causa petendi* que ha justificado la reclamación del objeto en el juicio anterior.

283. IDENTIDAD DE CAUSA.

No es tan precisa, en cambio, la idea de identidad de causa.

Ya el concepto de causa es, por sí mismo, equívoco en todos los órdenes del derecho. En derecho procesal su determinación se halla en sus comienzos[81].

La *causa de pedir* aparece por primera vez en un fragmento del derecho justinianeo, referida tan sólo a

[80] *Supra*, nº 280.

[81] En *La noción de causa en los actos procesales*, publ. en "Rev. D. P. P.", t. 1, p. 131, hemos procurado abordar, sin mucha fortuna, la determinación de este concepto y su alcance. Más logrado que el nuestro es el resultado de FAIREN GUILLÉN, *La trasformación de la demanda en el proceso civil*, cit., ps. 68 y ss.

las acciones reales[82]. La doctrina posterior la fue extendiendo aun a las personales. Hoy se extiende a toda clase de relaciones jurídicas, aun a aquellas que no corresponden al derecho de las cosas o al de las personas.

La jurisprudencia ha acogido reiteradamente la idea de la doctrina de que la *causa petendi* es la razón de la pretensión o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

No se trata de la simple enunciación de las disposiciones legales aducidas por el litigante, lo que significaría dar al concepto un sentido excesivamente estrecho. Se trata de la razón y del fundamento mismo, ya sean invocados expresamente, ya sean admitidos implícitamente.

Por eso se admite sistemáticamente, que una variante en el planteamiento jurídico no excluye la excepción de cosa juzgada. Si en el primer juicio se reclama una prestación proveniente de hecho ilícito y se rechaza, no podrá luego renovarse la demanda apoyada en el enriquecimiento sin causa. El fundamento del derecho que se ventila en juicio no es tan sólo el que invoca el actor; el fundamento es el derecho que rige la especie litigiosa; y ese fundamento lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes[83].

Al desestimar una demanda el juez rechaza no sólo la fundamentación jurídica del actor, sino también todas aquellas que, por distintos argumentos de derecho, habrían conducido hacia el mismo fin.

Pero si la nueva demanda no es jurídicamente excluyente de la anterior, si lo que se reclama en el nuevo juicio pudo haberse pedido subsidiariamente en el juicio anterior y no se pidió, no existe cosa juzgada. Así, si en el primer juicio se demandó el divorcio por adulterio y la demanda fue rechazada, nada impide una segunda

[82] Digesto, 42, 2, fr. 12 y 13.
[83] *Supra*, nº 181.

demanda de divorcio por abandono del hogar. Idénticos los sujetos y el objeto, no es, sin embargo, idéntica la *causa petendi* que, en el segundo juicio, resulta apoyada sobre una razón que no fue objeto de debate en el juicio anterior y que no resulta jurídicamente incompatible con la que ha sido ya considerada.

La idea de incompatibilidad de ambos juicios como criterio de examen de las identidades objetivas de la cosa juzgada es un antiguo criterio de doctrina[84] al que siempre se acude con provecho.

[84] MARCADÉ, *Explications*, t. 5, p. 168.

Capítulo III

LA EJECUCIÓN*

284. Planteamiento del tema.

En su acepción común el vocablo *ejecución* alude a la acción y efecto de ejecutar. Ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho.

El lenguaje jurídico no difiere, en lo sustancial, de estas acepciones. Pero el vocablo sufre una especie de desdoblamiento.

Se habla de ejecución de las obligaciones para referirse a la acción mediante la cual el deudor cumple con lo que debe, dando, haciendo u omitiendo alguna cosa. Es ésta la forma voluntaria, normalmente espontánea, del derecho.

* BIBLIOGRAFÍA: Allorio, *Esecuzione forzata*, Torino, 1950; ídem, *Esecuzione forzata in genere*, en "N. D. I.", t. 5, p. 503; Ayarragaray, *Introducción a la ejecución de la sentencia*, Buenos Aires, 1943; ídem, *Limites legales, procesales, políticos, sociales y económicos a la ejecución de la sentencia*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 41; Azzolina, *Titolo esecutivo ed azione esecutiva*, en "Rivista di Diritto Commerciale", t. 47, p. 8; Bellavitis, *Linee per la classificazione delle forme d'accertamento nella esecuzione*, en *Studi in onore di Chiovenda*; Brena, *Del juicio ejecutivo*, en "Rev. D. J. A.", t. 19, ps. 241, 258, 273 y 289; Calamandrei, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, en *Studi*, t. 3, ps. 19 y ss.; Carnacini, *Gli studi sul processo esecutivo in Italia*, en "Atti del Congresso di Diritto Processuale Civile", p. 145; Carnelutti, *Processo di esecuzione*, Padova, 1929 (t. 5 de *Lezioni*); ídem, *Titolo*

Pero el vocablo adquiere una nueva significación, cuando se alude a la llamada *ejecución forzada*. En ella, a diferencia de la ejecución voluntaria, no es el deudor quien satisface su obligación. Ante su negativa, expresa o tácita, de cumplir con aquello a que está obligado, el acreedor debe ocurrir a los órganos de la jurisdicción. Éstos proceden, entonces, coercitivamente, acudiendo a la coacción.

El procedimiento se denomina, en esta circunstancia, ejecución forzada, por oposición a ejecución voluntaria. Por apócope, los vocablos ejecución forzada se han reducido a ejecución.

Como las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el dar, hacer u omitir algo, viene a resultar así que la ejecución forzada, o simplemente ejecución, es el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia

---

esecutivo, en "Riv. D. P. C.", 1931, I, p. 313; CASARINO VITERBO, *Del cumplimiento o ejecución de las sentencias judiciales civiles*, en "Rev. D. P.", 1947, I, 150; CÉZAR-BRU, *Théorie et pratiqua des voies d'exécution*, 3ª ed., Paris, 1927; ídem, *Théorie et pratique de la saisie immobilière*, Paris, 1939; COUTURE, *Formas penales de la ejecución civil*, en "Revista de Derecho Penal", 1946, I, p. 311; ídem, *Régimen de ejecución de sentencias*, en "El Derecho" (Revista del Centro de Est. de Notariado), t. 11, p. 363; CUCHE, *Précis des voies d'exécution*; DE PALO, *Il titolo esecutivo*, Napoli, 1901; GALLINAL, *Ejecución de sentencias*, Montevideo, 1928; GOLDSCHMIDT, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, 1910; JAECKEL-GÜTHE, *Kommentar zum Zwangsvollstreckungsgesetz*, 6ª ed., Berlín, 1929; JOSSERAND, *Précis des voies d'exécution*; LAGARMILLA, *El juicio ejecutivo*, en "Rev. C. E. D.", t. 3, p. 655; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 2ª ed., Milano, 1936; ídem, *La sentenza come titolo esecutivo*, en "Riv. D. P. C.", 1929, I, p. 117; ídem, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en "Riv. D. P. C.", 1934, I, p. 127; MICHELI, *La tutela del diritto di credito nel processo esecutivo*, en "Atti del Congresso di Firenze", cit.; ídem, *Dell'esecuzione forzata*, en el volumen *Tutela dei diritti*, del *Commentario del Codice Civile* dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1953; PONTES DE MIRANDA, *Historia e practica do arresto ou embargo*, São Paulo, 1929; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; SÁNCHEZ, *La ejecución procesal civil*, La Habana, 1947; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937; ídem, *Premesse generale alla teoria della esecuzione forzata*, en "Riv. D. P. C.", 1932, I, p. 333; SCHÖNKE, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 4ª ed., Karlsruhe, 1948; STEIN, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, 1913; VÁZQUEZ ACEVEDO, *Concordancias y anotaciones del Cód. de P. Civil (arts. 873 y 874 del C. P. C.)*, en "Rev. D. J. A.", t. 1, p. 332.

práctica de las sentencias de condena. Las sentencias cautelares promueven, por su parte, procedimientos de ejecución provisional, o, cuando preventivas, anticipos de ejecución.

En algunos casos el derecho admite que los particulares convengan o estipulen algo que equivale virtualmente a una sentencia de condena. El título contractual u obligacional se asimila entonces a la sentencia y adquiere la calidad de título privado de ejecución.

285. La sentencia y su ejecución

La coerción permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada o del título ejecutivo era jurídicamente imposible: la invasión en la esfera individual ajena y su trasformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un *obligado*, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un *subjectus*, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia[1].

La ejecución resulta ser, en el desarrollo que se viene exponiendo en este libro, la etapa final de un largo itinerario. En el proceso humano que consiste en saber, querer y obrar, la ejecución corresponde al último tramo. En el proceso judicial también se comienza por saber los hechos y el derecho mediante el contradictorio de ambas partes y por obra del juez; luego éste decide, esto es, quiere en sentido jurídico, a cuyo querer se asigna una eficacia especial; y por último, obra, esto es, asegura prácticamente el resultado de la obra intelectual y volitiva, mediante las diversas formas exigidas por el contenido mismo de la sentencia.

[1] CALAMANDREI, *Istituzioni*, t. 1, p. 65. En sentido análogo, BAYLEY, *Cursos de obligaciones*, Montevideo, 1937, ps. 279 y ss.

En estos términos generales, puede hablarse de ejecución. La actividad jurisdiccional se cumple tanto mediante la actividad de conocimiento como mediante la actividad de coerción. Un concepto que tome este problema en todos sus instantes, desde el primero al último, debe reconocer que existe una unidad fundamental entre todos los momentos de la jurisdicción, tanto en los declarativos, o cognoscitivos, como en los ejecutivos[2].

§ 1. CONCEPTO DE EJECUCIÓN

286. ACTUACIÓN PRÁCTICA DE LA SENTENCIA.

Para determinar con cierta precisión lo que debe entenderse por ejecución, es menester volver la vista hacia la distinción ya formulada entre las diversas categorías de sentencias.

La sentencia, decíamos, puede limitar su eficacia a una mera declaración del derecho; puede establecer una condena en contra del obligado; puede constituír un estado jurídico nuevo, inexistente antes de su aparición, o puede limitarse a ordenar medidas de garantía. Ciertas formas de cumplimiento ulterior, aparecen normalmente en los cuatro tipos de sentencias.

La sentencia mere-declarativa puede tener como complemento la publicidad del derecho declarado; así, en la sentencia declarativa de prescripción, tan reiteradamente utilizada como ejemplo, procede la inscripción en el Registro de Traslaciones de Dominio[3]. La sentencia de condena trae detrás de sí todos los procedimientos

[2] En el *Proyecto* de 1945 hemos dado consistencia legislativa a este concepto, dividiendo el contexto en dos partes: una destinada a los procesos de conocimiento y otra a los procesos de ejecución.

[3] Con una generalización, en el fallo publ. en "Jur. A. S.", caso 13.200, se sostiene que, a diferencia de las sentencias de condena, las sentencias meredeclarativas no tienen ejecución. La solución era correcta en el caso; no así la motivación.

tendientes a asegurar la efectividad de la prestación reconocida en el fallo, para el caso de insatisfacción por parte del obligado. En la sentencia constitutiva, también son indispensables ciertos procedimientos que, como en la mere-declarativa, se dirigen a asegurar la publicidad del nuevo estado reconocido en la sentencia; así, por ejemplo, la sentencia de divorcio debe ser comunicada de oficio al Registro del Estado Civil. Las sentencias cautelares son, como se ha dicho, sentencias de ejecución provisional.

287. Procesos de conocimiento y de ejecución.

Aunque examinados aisladamente, conocimiento y ejecución parecen funciones antagónicas del orden jurídico, lo cierto es que, en el derecho de los países hispanoamericanos, ambas actividades interfieren recíprocamente y se complementan en forma necesaria. Virtualmente todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento. Algunos casos de ejecución extrajudicial que deben reputarse excepcionales, pueden, sin embargo, dar motivo a acciones de conocimiento posteriores.

El derecho uruguayo podría ordenarse sistemáticamente, en este orden de cosas, en el siguiente sentido:

a) ejecuciones extrajudiciales: C.C., arts. 2307 y 2308;

b) ejecuciones judiciales breves y sumarias: C.P.C., arts. 211, 897, 899;

c) juicio de apremio o acción ejecutoria: C.P.C., arts. 494, 902 y ss.;

d) juicio ejecutivo: C.P.C., arts. 887 y ss.;

e) juicios de conocimiento con prevaleciente función ejecutiva;

f) juicios sumarios, monitorios y verbales: C.P.C., arts. 1171, 1274, 583;

g) juicio ordinario: C.P.C., arts. 252 y ss.

Esta sistematización, sobre la base de un derecho positivo determinado, que va desde un máximo de ejecución y un mínimo de conocimiento, a un máximo de conocimiento y un mínimo de ejecución, puede formularse con cualquier otro derecho positivo[4].

En este sentido conviene actuar con cierta precaución. Los distintos sistemas jurídicos varían mucho en esta materia; históricamente ha habido también cambios sustanciales. Las conclusiones fundadas para un sistema histórico o extranjero pueden inducir a error si el régimen varía. Así, por ejemplo, la prohibición de la cláusula *de voie parée*, que invalida toda convención que autorice a adjudicarse privadamente los bienes o a promover en vía privada o sin intervención judicial la enajenación de los bienes, no rige en algunos cantones suizos y ha tenido validez en algunas legislaciones antiguas[5].

Los procedimientos particulares de la ejecución, en su conjunto, se hallan encaminados más hacia el obrar que hacia el decidir. El derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las trasformaciones de las cosas; si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble, se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta este momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos.

[4] Así, p. ej., FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, esp. ps. 15 y ss.

[5] CÉZAR-BRU, *Théorie et pratique de la saisie immobilière*, ps. 2 y ss., con excelente información de derecho intermedio francés; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito...*, ps. 29 y ss.; ALLORIO, *Esecuzione forzata*, p. 506; para nuestro derecho, CIBILS HAMILTON-CAPPOZOLI, *Formas de la ejecución de las hipotecas*, Montevideo, 1937.

Esta trasformación de la actividad jurisdiccional de dialéctica en práctica, de *proceso de conocimiento* en *proceso de ejecución*, plantea uno de los problemas más interesantes en esta materia. Se trata de saber si la ejecución es, efectivamente, jurisdicción, lo mismo que el conocimiento, o si, por el contrario, en razón de su *vis coactiva* constituye administración y no jurisdicción.

288. Ejecución y jurisdicción.

Se dice, para justificar el carácter no jurisdiccional de la ejecución, que ésta no constituye un derecho de petición ante la autoridad, sino *una manifestación pública del derecho de propiedad*[6].

¿Pero qué quiere decir manifestación pública del derecho de propiedad? Toda propiedad del deudor constituye una garantía común de todos sus acreedores y esa garantía sólo se puede hacer efectiva merced a la actividad de la jurisdicción. No subsisten, decíamos, salvo excepciones de muy escasa significación, formas de ejecución privada.

Por otra parte, toda propiedad (del crédito) de un acreedor afecta los bienes del deudor; pero sólo los afecta materialmente a través de la jurisdicción.

La manifestación *pública* quiere decir, pues, manifestación a través de la jurisdicción.

La actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella, la actividad cognoscitiva[7], y si bien en los hechos la actividad de los auxiliares es más visible que la actividad de los magistrados, no es menos cierto que sólo actúan dentro de nuestro derecho, por delegación de éstos.

[6] Pagenstecher, *Zur Lehre von der materielles Rechtskraft*, 1905, p. 351, ref. de Schönke, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., p. 4.

[7] *Infra*, nº 295.

No existen, tampoco, normalmente, en el derecho hispanoamericano, procedimientos de ejecución cumplidos directamente por los órganos auxiliares de la jurisdicción con prescindencia de los jueces.

De aquí surge la validez estricta del concepto contenido en nuestro art. 9, C. O.T., según el cual la jurisdicción supone "la potestad pública de *juzgar y hacer ejecutar* lo juzgado".

La doctrina francesa[8], la alemana más reciente[9] y la angloamericana[10] incluyen la ejecución en la jurisdicción. Así corresponde en nuestro concepto. La acción, como forma típica del derecho de petición[11], asume formas variadas dentro del proceso. Unas veces se apoya en el derecho para obtener una sentencia de condena; otras en la sentencia para obtener la ejecución. Pero la unidad de contenido es evidente; sólo difieren las formas. La jurisdicción abarca tanto el conocimiento como la ejecución.

En el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión, significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional.

289. UNIDAD DEL CONCEPTO DE EJECUCIÓN.

Una disputa reciente[12] ha obligado a reconsiderar todo el problema de la ejecución forzada con referencia a la realización espontánea del derecho.

[8] CÉZAR-BRU, *Saisie immobilière*, cit.

[9] SCHÖNKE, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., p. 4.

[10] La Suprema Corte de los Estados Unidos ha considerado siempre que el poder de decidir abarca el conocimiento y "la propiedad en litigio". Así, *Overby vs. Gordon*, 214, U. S., 220. Luego, el presidente White, hablando en nombre de la Corte, dijo que "la jurisdicción implica esencialmente el derecho de ejecutar los resultados de las resoluciones". Ref. HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. esp., México, 1946, p. 125.

[11] *Supra*, n$^{os.}$ 45 y ss.

[12] SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit.; *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, 1950, ps. 377 y ss.; *Svolgimenti critici su una dottrina dell'esecuzione*

Se sostiene, por un lado, la distinción entre derechos *finales e instrumentales*. Derechos finales son aquellos que establecen una relación directa e inmediata entre el sujeto y el bien; instrumentales, aquellos que todavía necesitan crear nuevas situaciones jurídicas antes de llegar hasta la obtención o satisfacción del bien. Por otro, manteniendo la posición tradicional, se sostiene que no existe una diferencia de sustancia entre ambos tipos de derechos y que los actos de conocimiento y los actos materiales que realiza la jurisdicción en el proceso ejecutivo tienen naturaleza común. El proceso jurisdiccional de ejecución presupone una declaración del derecho que lo motiva. Es ejecución tanto la actuación coactiva de entrega de la cosa al propietario, como la actuación coactiva del derecho del acreedor insatisfecho.

La solución que hemos insinuado en el parágrafo precedente lleva implícita nuestra adhesión a la tesis últimamente expuesta. El concepto de ejecución es unitario, en nuestro concepto, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se desenvuelve, indistintamente, en actos de conocimiento y actos materiales de realización. Por supuesto que la solución que se dé a éste, como a muchos otros problemas que parecen de pura especulación jurídica, depende del derecho positivo sobre el cual la teoría se construya. Pero en el presente caso, el derecho positivo uruguayo impone la concepción unitaria del proceso de ejecución.

A tal punto esta proposición se apoya sobre el derecho positivo vigente, que aun en la vía de apremio, una de las más rigurosas vías de ejecución, procede el avalúo de los bienes, que es necesariamente una etapa de conocimiento, previa a la ejecución material del remate de los mismos.

---

forzata, en *Studi in onore di Cicu*, t. II, Milano, 1951, p. 624; en sentido opuesto, ALLORIO, *Su una recente concezione dell'esecuzione forzata*, en "Jus", 1950, ps. 340 y ss.; MICHELI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata*, en *Studi in onore di Solazzi*, y en "Riv. D. P.", 1952, I, p. 289.

No consideramos que la venta judicial sea, en sí misma, un negocio jurídico privado, como dicen los sostenedores de la teoría impugnada. La venta judicial, el acto ejecutivo por excelencia, es un acto jurídico de derecho público, emanado de la jurisdicción[13]. El derecho privado nunca podría justificar la representación legal del tradente que ejerce el juez y sus poderes para enajenar el bien vendido sin la voluntad y aun contra la voluntad del propietario ejecutado. Sólo el cometido y función propios de la jurisdicción pueden explicar este fenómeno jurídico.

290. Ejecuciones individuales y colectivas.

Todavía es necesario distinguir, al determinar el concepto de ejecución, las ejecuciones individuales de las colectivas.

Las del primer tipo son de carácter singular. Son promovidas por un deudor contra otro deudor. Las segundas son las que promueve un conjunto de acreedores contra un deudor; las que promueve un conjunto de acreedores contra un conjunto de deudores; o las que promueve un acreedor contra un conjunto de deudores.

En los últimos tiempos, el derecho procesal ha reclamado para sí el estudio de las más importantes ejecuciones colectivas, tales como la quiebra y el concurso civil de acreedores[14].

Estas dos últimas son ejecuciones colectivas de varios acreedores contra un deudor. El precepto de que el patrimonio de un deudor es garantía y prenda común de sus acreedores, pertenece al derecho sustancial; la forma de hacerse efectiva esa garantía determinando los bienes

[13] Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, en el volumen *Tutela dei diritti*, cit., p. 457.

[14] Así, Parry, *Tutela del crédito en la quiebra y en el concurso civil de acreedores*, 4 tomos, Buenos Aires, 1945; Buzaid, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, 1952.

y regulando su distribución con arreglo a los privilegios y grados de prelación, pertenece al derecho procesal[15].

Los principios de la ejecución son, en términos generales, aplicables a esta liquidación colectiva del patrimonio del deudor. Pero en el fondo de la ejecución colectiva se hallan siempre en lucha dos principios: el de prioridad y el de igualdad. El primero está representado por el precepto *prior tempore, potior jure*, según el cual prevalece el derecho de aquel que lo adquiere o ejerce en primer término. El segundo, por el precepto *par conditio creditorum*, en mérito del que se consagra la paridad o igualdad de condición de todos los acreedores en el patrimonio concursal[16].

Las ejecuciones colectivas suponen la suspensión de la vigencia plena de ambos principios, para conjugar su recíproca efectividad según las circunstancias. La prioridad en el tiempo prevalece cuando se ha adquirido antes grado preferente, ya sea por hipoteca, prenda o privilegio. La paridad prevalece entre los acreedores quirografarios, con sacrificio de la prioridad en el tiempo de adquisición o ejercicio del derecho.

291. Los presupuestos de la ejecución forzada.

Los presupuestos procesales de índole general[17] son aplicables a la ejecución forzada. Pero existen, también, presupuestos propios de ésta.

Los presupuestos de la ejecución forzada son, en nuestro concepto, tres:

a) un título de ejecución;
b) una acción ejecutiva;
c) un patrimonio ejecutable.

[15] Cfr. PROVINCIALI, *Appartenenza didattica al processualista dell'insegnamento del diritto fallimentare*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953. Del mismo autor su reciente edición de *Trattato di diritto fallimentare*.

[16] DOS REIS, *Processo de execução*, Coimbra, 1954, t. 2, p. 244.

[17] *Supra*, nº 67.

El título de ejecución se requiere por aplicación del precepto *nulla executio sine titulo*[18].

La acción ejecutiva es indispensable, por aplicación del principio *ne procedat judex ex officio*, también aplicable en materia de ejecución forzada. Ni aun las sentencias de condena pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutan, en nuestro derecho, sin iniciativa del acreedor.

El patrimonio ejecutable constituye el objeto de la ejecución. En último término, la ejecución consiste en trasferir ciertos bienes, o su precio, del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor. Al deudor sólo le pertenece lo que sobra una vez pagadas sus deudas: *bona non censetur nisi deducto aere alieno*.

A continuación se examinan por separado tales presupuestos.

§ 2. EL TÍTULO DE EJECUCIÓN

292. EL CONCEPTO DE TÍTULO.

Pocos vocablos del lenguaje jurídico tienen más acepciones que la palabra *título*. Se explica, pues, que disputas tan encarnizadas como las que versan sobre el concepto de título ejecutivo o de título perfecto, provengan de un diverso sentido que los contendientes dan al mismo vocablo. En tanto unos asignan a la palabra su significado material, relativo a calidad, atributo y condición respecto del derecho, otros discuten sobre el sentido instrumental que tiene el mismo vocablo, pensando en el título como documento, papel, pieza o conjunto de piezas escritas[19].

[18] Uruguay, arts. 873 y 874.

[19] Así, p. ej., en los distintos significados: AMÉZAGA, *La cláusula título perfecto*, en "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 1; ROBAINA, *Qué se entiende por título perfecto*, en "Rev. de la Asociación de Escribanos", t. 20, p. 213.

Un examen del Código Civil uruguayo, cuya terminología ha inspirado frecuentemente al Código de Procedimiento, nos muestra los siguientes significados:

a) documento, en su sentido instrumental: C. C., art. 1578; C. P. C., arts. 883, 884, 904, 909, 916, 918, 961, 963, 995, 1013, 1118, 1119, 1214;

b) diploma o certificado universitario: C. P. C., arts. 142, 351;

c) convención o acuerdo: C. C., arts. 705, 1208;

d) calidad, condición, inherencia: C. P. C., arts. 861, 942, 1184; C. C., arts. 879, 1200;

e) razón, motivo: C. C., arts. 635, 769, 1188;

f) derecho: C. C., arts. 693, 1208;

g) parte o sector en que se divide el cuerpo de un código: C. P. C., arts. 260, 950, 974, 1042.

Si se tiene en cuenta esta multiplicidad de acepciones, debe considerarse que todo estudio de este tema ha de comenzar por una delimitación precisa del valor que se da al vocablo examinado.

Entre los escritores italianos, para unos el título ejecutivo es un elemento constitutivo de la acción (LIEBMAN); para otros es una condición requerida para el ejercicio de la acción (ZANZUCCHI); para otros es un presupuesto de procedibilidad (FURNO); para otros es la prueba documental del crédito (CARNELUTTI).

Se ha señalado[20] que todas estas interpretaciones pecan de omisión al no dar al concepto de título ejecutivo su necesaria amplitud por no tener en cuenta sus antecedentes romanos y germánicos.

Para que el título ejecutivo sea tal, se sostiene, es menester la reunión de dos elementos: por un lado, la existencia de una declaración de la existencia de una obligación que la ejecución tiende a satisfacer; por otro, la orden de ejecución.

Veamos, sucesivamente, lo que puede haber de exacto o de erróneo en estos puntos de vista.

[20] AZZOLINA, *Titolo esecutivo ed azione esecutiva*, cit., ps. 10 y ss.

293. EL TÍTULO COMO CALIDAD Y COMO DOCUMENTO.

Partamos de la idea ya anticipada de que el vocablo *título* quiere decir, en primer término, *calidad* (título de dueño, título de heredero). Se tiene título cuando se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa.

Pero también se tiene título cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad[21].

El equívoco radica en que puede haber calidad sin documento y documento sin calidad. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado pero no retirado por el deudor, tiene el documento y no tiene la calidad de acreedor[22].

Bien puede ocurrir, en consecuencia, que quienes disputan sobre cosas distintas tengan la razón desde sus respectivos puntos de vista. El precepto *nulla executio sine titulo* puede referirse indistintamente a ambas cosas, según surja de los términos del derecho positivo.

Así, en nuestro país, se da el caso de que tienen título ejecutivo por cobro de alquileres, los propietarios, aun cuando el arrendamiento sea verbal y no exista documento alguno en su favor[23]. También lo tiene el Estado por cobro de ciertos impuestos, sin documento alguno o con documentos emanados de la propia administración, los cuales violarían, aparentemente, el precepto de que nadie puede hacerse una prueba en su propio favor[24].

En esos casos, el título ejecutivo es la calidad de acreedor.

[21] Nos remitimos aquí a cuanto hemos expuesto en *La noción de título perfecto*, en *Estudios*, t. 2, p. 299.

[22] Ha afirmado últimamente SATTA, *Esecuzione ed espropriazione*, en "Riv. T. D. P. C.", t. 3, p. 549, que el documento es el continente y el título el contenido. Pero ocurre que en nuestro léxico, también se llama título al continente.

[23] Ley 8153, de 16 de diciembre de 1927, art. 21. Véase el caso publicado en "Rev. D. J. A.", t. 31, p. 326.

[24] *Infra*, nº 319, *b*; asimismo, CATTANEO, *Atti amministrativi titoli esecutivi*, Roma, 1946.

Viceversa, puede darse el caso de que se lleven adelante los procedimientos de ejecución con documentos y sin título, como cuando la deuda se ha extinguido por prescripción o caducidad, si el juez no puede oponer de oficio esa circunstancia. La sentencia rechazará en definitiva la pretensión del acreedor; pero la ejecución se abre con la sola exhibición del documento.

Estas situaciones de nuestro derecho, no pueden desprenderse de sus antecedentes históricos. Se da en esta materia la curiosa situación de que los países de América latina conservan aún, a través de la originaria filiación española y portuguesa, las fórmulas del proceso común europeo, particularmente italiano. Mientras en Europa estas fórmulas han tendido a desaparecer, aun en su propio país de origen, en América sobreviven tal cual se las fijó originariamente[25].

En el derecho positivo de nuestro país, el concepto de título ejecutivo es, indistintamente (no simultáneamente), un concepto de derecho material y un concepto de derecho instrumental. Lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que lo justifica. La ejecución, entonces, se promueve en virtud del derecho y del documento. Pero no es forzoso que así acontezca, según se pone de relieve en los ejemplos enunciados.

294. Origen legal del título de ejecución.

Los títulos ejecutivos están enumerados, en nuestro derecho, en el art. 874, C. P. C. Pero en la última edición del código hemos podido enumerar 19 títulos ejecutivos instituídos en leyes posteriores a la sanción de aquél.

[25] Este punto ha sido notablemente subrayado por Liebman, *Istituti del diritto comune del processo civile brasiliano*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1949, p. 154; en *Sobre el juicio ejecutivo*, en *Estudios en honor de H. Alsina*, p. 387; y en *Processo de execução*, São Paulo, 1946. Otro panorama de derecho comparado en esta materia ha sido señalado por Ayarragaray, *Límites legales*... cit., p. 58.

Es posible hallar, pues, en otras leyes, nuevos títulos ejecutivos que, considerados en visión sistemática, podrían ordenarse de la siguiente manera:

a) actos de autoridad jurisdiccional: sentencias de condena;

b) contratos suscritos por ambas partes o por el obligado exclusivamente: contratos bilaterales que consignan obligaciones de pagar cantidades de dinero líquidas y exigibles o de entregar cosas que no sean dinero, actas de conciliación, obligaciones cambiarias en general y en algunas legislaciones la confesión[26], etc.;

c) certificaciones o constancias: decretos de expropiación, planillas de Contribución Inmobiliaria, liquidaciones de aportes al Instituto de Jubilaciones de la Industria y del Comercio; liquidaciones de infracción a la ley de control de cambios, etc.

El distinto origen del título ejecutivo (jurisdiccional, contractual, administrativo) no modifica la esencia del procedimiento posterior. En ese sentido cabe pensar en una especie de prolongación natural del concepto de ejecución, como medio de asegurar la eficacia práctica de determinados derechos presumiblemente efectivos, como son los mencionados. En ellos, aun en ausencia de la cosa juzgada, puede partirse, dadas las garantías de que están rodeados, de una presunción favorable al acreedor.

Pero en todo caso es la ley la que instituye el título ejecutivo. El proceso ordinario surge, naturalmente, frente a aquellos casos en los cuales no existe en favor del actor ningún elemento de juicio que permita ir, directamente, sobre los bienes del deudor. Por virtud de la presunción de inocencia del demandado, de que ya hemos hablado, es menester colocar a ambas partes en

[26] Nos remitimos aquí a cuanto hemos expuesto en *Conciliación y título ejecutivo*, en *Estudios*, t. 1, p. 237.

pie de igualdad[27]. Son los casos de máxima amplitud y mínima intensidad.

En una zona intermedia, aparecen aquellos casos en que el derecho del actor se halla dotado de cierta apariencia de verosimilitud. La ley, entonces, instituye un proceso al que en la doctrina europea se denomina *monitorio*, o *Mahnverfahren*[28]. Su origen es el antiguo *mandatum de solvendo* con cláusula justificativa. Se trata, entonces, de acelerar los procedimientos en favor del actor, reduciendo los trámites de defensa del demandado. El proceso no comienza por demanda formal, sino por requerimiento del juez a pedido del actor; si el demandado se opone, el requerimiento queda en suspenso[29].

En el otro extremo se hallan los procesos de ejecución. En ellos la jurisdicción comienza invadiendo la esfera propia del demandado, ocupando sus bienes y creando por anticipado un estado de sujeción en favor del acreedor. La etapa de conocimiento se reduce al mínimo y la de ejecución al máximo. Son los casos de la mínima amplitud y de máxima intensidad.

Pero para que pueda llegarse a estos extremos, es menester la norma expresa que lo consagre. El actor está siempre tentado de acudir a los procesos de máxima

[27] *Supra*, nos. 28 y 116.

[28] Exhaustivamente, CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, trad. esp., Buenos Aires, 1946.

[29] En nuestro derecho existe este tipo de proceso en materia de desalojo, de entrega de la cosa, etc. El desalojo o desahucio es, en nuestro derecho, proceso monitorio de conocimiento, según se lee reiteradamente en la motivación de los fallos (así, p. ej., "Rev. D. J. A.", t. 49, p. 143; t. 50, p. 180); pero en el lanzamiento es de ejecución. Sobre las interferencias de conocimiento y ejecución en esta clase de procesos, nos remitimos a cuanto hemos expuesto en *Alcance procesal del juicio de entrega efectiva de la herencia*, en "Rev. D. J. A.", t. 44, p. 353. Cfr., asimismo, MILLAR, *Principios formativos*, cit., p. 54. En el derecho procesal moderno, este tipo de proceso tiende a difundirse, como lo ha subrayado LASCANO, *Hacia un nuevo tipo de proceso*, en "Rev. D. P.", 1943, I, p. 80. Asimismo, GUASP, *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales*, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953. En el derecho anglo-americano, MAC DONALD, *Summary judgements*, en "Tulane Law Review", 1952, t. 30, p. 3. En nuestro *Proyecto* sustituye en muchos casos al ordinario.

eficacia y de mínima amplitud; el demandado, por el contrario, cree siempre procedentes los segundos y no los primeros.

El juez es, pues, antes que nada, el juez del título, según se pasa a establecer.

§ 3. LA ACCIÓN EJECUTIVA

295. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO.

Las formas de la ejecución dependen del título con que se promueva aquélla. Cada especie de título tiene, normalmente, una forma propia de proceso. La multiplicidad de títulos apareja, en consecuencia, la multiplicidad de procesos de ejecución.

Sin embargo, todos ellos comienzan por requerimiento del acreedor formulado al juez competente. No hay, normalmente, decíamos, en nuestro derecho requerimiento directo a los órganos auxiliares de la jurisdicción[30].

El juez califica el título ejecutivo y deniega el petitorio si considera el título inhábil o accede a él si el título es idóneo[31]. Esto ocurre aun sin oposición del ejecutado[32].

A partir de este momento, los órganos auxiliares toman las providencias cautelares que correspondan con arreglo a la índole de la ejecución. Los actos de coacción tienen, normalmente, en esta etapa, un carácter mera-

[30] Uruguay, art. 880; Cap. Fed., 471; Bolivia, 438; Chile, 464; Colombia, 984; Costa Rica, 325 a 437; Cuba, 1440; México (D. F.), 534; Ecuador, 456; Paraguay, 405; Perú. 606; Venezuela, 523.

[31] Uruguay, art. 880; Cap. Fed., 471; Bolivia, 438; Chile, 462; Colombia, 985; Costa Rica, 437; Cuba, 1438; Ecuador, 455; México (D. F.), 534; Paraguay, 405; Perú, 606; Venezuela, 523.

[32] La denegación procede ex oficio ("L. J. U.", t. xx, p. 197, n. 3074). Al formularse la petición originaria; o en la sentencia definitiva ("L. J. U.", t. XIII, p. 333, n. 2237). Se ha sostenido que no corresponde hacerlo sino en estas dos oportunidades ("Rev. D. J. A.", t. 32, p. 454).

mente preventivo, para dar paso, según los casos, a una etapa sumaria de conocimiento, que se inserta en el proceso de ejecución.

Dentro de nuestro derecho se llama *oposición de excepciones* a la posibilidad que se asigna al demandado en determinados procesos ejecutivos, para hacer valer las defensas que tenga contra el título, contra el procedimiento o contra los bienes embargados. No todos los procesos de ejecución tienen esta etapa de conocimiento. Pero según se verá en los números siguientes, en ningún momento el juez de la ejecución pierde sus poderes de fiscalización sobre los actos cumplidos contra los bienes del deudor.

296. Diversas formas de ejecución.

No puede hablarse, por las razones apuntadas, del proceso ejecutivo, sino de los procesos ejecutivos. Cada título tiene su forma particular de llegar hasta el fin propuesto. Así, no es idéntica la vía ejecutiva que emana de la sentencia que condena al pago de una suma de dinero, a la que emana de una sentencia de desalojo; la que obliga a publicar una sentencia como acto de reparación moral en favor del vencedor[33], que la que decide la urgente toma de posesión en el juicio de expropiación.

Se hace necesario, en consecuencia, en lugar de recorrer estas posibilidades prácticas de coacción, tratar de abarcar en una exposición simplemente esquemática, el conjunto de formas posibles en el orden ejecutivo.

297. Medidas policiales de coacción.

La primera distinción a formular es la que parte de la base de que, aun en nuestro derecho, hay actos

[33] Para esta forma particularísima de ejecución, Carnelutti, *Divulgazione della sentenza a spese del soccombente*, en "Riv. D. P. C.", 1927, II, p. 354.

de coacción que se realizan por iniciativa de la autoridad administrativa, sin fiscalización previa de la autoridad jurisdiccional.

Así, las medidas de seguridad exterior e interior, las medidas de policía, de seguridad de las personas, de prevención de enfermedades o de calamidades públicas, se realizan directamente sin necesidad de una previa revisión a cargo de la justicia.

En esos actos, la seguridad es lo primero; si en las medidas hay exceso del poder público, la consecuencia es la responsabilidad de los agentes. La necesidad de los actos no admite dilaciones.

Pero los actos de autoridad del Poder Ejecutivo van seguidos, normalmente, en el estado de derecho, de la verificación de los órganos jurisdiccionales para reparar el daño injusto que hubieren causado[34].

Es así que, en la mayoría de los casos lesivos del interés privado, cumplida la medida impuesta por la seguridad colectiva, o por la necesidad de prevenir la efectividad de la sanción, la actividad administrativa cede la ingerencia a los órganos del Poder Judicial. A éste incumbe lo que el derecho público denomina "contralor de la legalidad de los actos de la Administración".

298. Coacción sobre las personas.

Otra distinción indispensable entre las diversas formas de ejecución es la que encara los procedimientos según se dirijan sobre las personas o sobre los bienes.

[34] Nos remitimos aquí a cuanto hemos expuesto en *Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso*, en *Estudios*, t. 1, p. 193; *Actos administrativos sin contralor jurisdiccional*, también en *Estudios*, t. 1, p. 205; en *El recurso de queja por apelaciones denegadas por la Administración*, también en *Estudios*, t. 1, p. 219; y en *Contralor jurisdiccional de la actividad legislativa*, en *Estudios*, t. 3. Con posterioridad, la Constitución de 1952 ha instituído el procedimiento de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que hoy constituye un sistema idóneo para asegurar la legalidad formal y sustancial de los actos de la Administración.

Entre las primeras, la característica es la condena penal. En principio, en el derecho moderno, no existe coacción sobre las personas para asegurar prestaciones de carácter civil. En todo caso, los procedimientos de esta índole constituyen formas que podrían decirse *penalizadas* del juicio civil[35]. A título de simple ejemplo, y con diversos caracteres, pueden anotarse los procedimientos de prisión en la quiebra, la prisión del padre que rehusa maliciosamente la prestación de alimentos al hijo, etc. Y esto, excluyendo los casos de delitos típicos que derivan del incumplimiento de las obligaciones.

Pero no quedan absolutamente excluídos los actos de coacción sobre las personas. La sentencia de desalojo, la prisión del testigo que se niega a declarar, la internación en una casa de salud del demente, son otros tantos actos de ejecución corporal impuestos por las necesidades del proceso.

299. Liquidación de sentencia ilíquida.

Frecuentemente la sentencia no contiene una condena específica en sumas de dinero líquidas y exigibles. La coacción en este caso es imposible y antes de pasar a ella es menester realizar un proceso previo de liquidación.

Se dice, entonces[36], que el proceso se divide en dos etapas. La primera de ellas, destinada a determinar el *an debeatur*; la segunda, destinada a determinar el *quantum debeatur*.

[35] Así, *Formas penales de la ejecución civil*, en "Rev. de Derecho Penal", 1946, p. 311.

[36] Calamandrei, *La condanna generica ai danni*, en "Riv. D. P. C.", 1953, i, p. 357, y en *Studi di diritto processuale civile*, t. 3, p. 221; Rognoni, *La condanna generica ai danni*, en "Studi nelle scienze giuridiche e sociali dall' Istituto di Esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia", Pavia, 1951, ps. 35 y ss.; Carnelutti, *Condanna generica al risarcimento del danno*, en "Riv. D. P.", 1952, i. p. 324.

Una larga disputa de jurisprudencia[37] ha tenido por objeto, dentro de nuestro derecho, determinar la naturaleza de ese procedimiento posterior. Hoy la orientación se ha hecho pacífica en el sentido de que no se trata de otro juicio diferente, sino del mismo proceso, a tramitarse con arreglo a las formas establecidas en los arts. 505 y 499 y ss., C. P. C.

Nuestro punto de vista consiste en sostener que, dentro del derecho uruguayo, diferente en este punto de algunos otros códigos hispanoamericanos, la unidad del proceso no se rompe. El proceso es el mismo y uno solo: sus diversas etapas no alteran su unidad. El proceso de ejecución de una sentencia no es otro proceso, sino el mismo proceso en una etapa diferente. De esta proposición surgen numerosas consecuencias, acerca de apelabilidad, perención, costas, etc.

La naturaleza cognoscitiva de esta etapa de liquidación no le quita su calidad ejecutiva. No existe incompatibilidad alguna en la inserción de una etapa declarativa o cognoscitiva en el proceso de ejecución[38]. Nuestro juicio ejecutivo constituye una figura típica en esta índole.

Como consecuencia de cuanto queda expuesto, cabe subrayar que el procedimiento de liquidación de sentencia es sólo una etapa preliminar a la coacción sobre bienes. Su finalidad es convertir en líquida una suma que antes no lo era, para poder realizar una ejecución específica. Todo esto dentro de la etapa ejecutiva del proceso, unida ésta al proceso principal por virtud del principio de continencia de la causa.

[37] Hemos tocado el punto en una nota de jurisprudencia titulada *Doctrina y jurisprudencia anteriores en materia de liquidación de sentencia con condena genérica en daños y perjuicios*, publicada en "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 90. Véase asimismo, DELLEPIANE. *Origen y fundamento de las disposiciones legales en materia de ejecución de sentencias que condenan al pago de cantidad ilíquida*, en "Rev. D. J. A.", t. 36, p. 204. También, los fallos de "Rev. D. J. A.", t. 35, p. 90; t. 36, p. 204; t. 36, p. 339.

[38] *Infra*, nº 292.

300. Condena a dar cosas que no sean dinero.

Cuando la sentencia condena a dar cosas que no sean dinero, el procedimiento de ejecución se realiza extrayéndolas de la esfera de influencia del deudor, mediante actos materiales de desapoderamiento, y poniéndolas en manos del acreedor.

Pertenecen a esta especie los procedimientos posteriores al juicio reivindicatorio, a las acciones de recobrar la posesión, el desalojo, la entrega de la cosa, la entrega efectiva de la herencia, etc.

En ellos, el oficial de justicia recibe del juez la orden de cumplir la medida dispuesta. Si hay resistencia del obligado, se acude a la colaboración de la fuerza pública.

Si la obligación de dar consiste en una suma de dinero, y ésta se halla visiblemente en el patrimonio del deudor, la ejecución consiste, simplemente, en tomar posesión de esa suma de dinero y entregarla al acreedor.

301. Obligaciones de hacer y de no hacer.

Si la obligación establecida en la sentencia consiste en hacer y el deudor es remiso en satisfacer la obligación, entonces se realiza por su cuenta y riesgo. Es, una vez más, el oficial de justicia acompañado de los artesanos que deben realizar la obra, y de la fuerza pública si hubiere resistencia a tolerar la realización de ella, el que se convierte en conductor y organizador de la ejecución. Así la obligación de levantar el muro medianero, la de alejar los árboles próximos a la pared común, etcétera[39].

Una variante de esta forma consiste en deshacer lo hecho en violación del contrato, de la sentencia, de la ley o de la disposición administrativa[40].

[39] Sobre el tema de la ejecución en especie, *infra*, nº 304.

[40] Uruguay, art. 508; Cap. Fed., 555; Bolivia, 315; Chile, 237; Costa Rica, 993; Cuba, 924, pero mediante indemnización de daños y perjuicios; México, 423 Fed., igual que el anterior; Paraguay, 489; Perú, 733.

La noción que corresponde subrayar en esta materia es la de que la sentencia debe ejecutarse *in natura*, tal como está mandado. La doctrina angloamericana llama *specific performance*, ejecución específica, a la realización de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en los términos dispositivos del fallo[41].

Pero los arts. 507 a 509, C. P. C., y 1333 a 1340, C. C., establecen una opción en favor del acreedor, el que puede elegir entre la ejecución en especie y los daños y perjuicios.

El problema que entonces se plantea no es ya teórico sino práctico; no es tanto de doctrina como de experiencia jurídica.

En sus verdaderos términos, el problema surge de la insolvencia del deudor obligado a dar, hacer o no hacer. Pero como es bien sabido la dificultad no la crea tanto la insolvencia real como la insolvencia aparente. En la vida moderna, son frecuentes los métodos para simular la insolvencia. El derecho, nuestro derecho por lo menos, es impotente frente a ellos. Los acreedores frecuentemente se hallan en desamparo ante deudores acaudalados que han tomado precauciones para hacer ilusoria la condena en daños y perjuicios.

En estos casos, la opción que se da al acreedor no es entre dos formas de ejecución igualmente eficaces, sino igualmente ineficaces. La condena específica se hace ilusoria cuando la cosa se ha ocultado, o ha desaparecido, cuando la obligación de hacer no es susceptible de realizarse por un tercero, o cuando el obligado a no hacer, hace caso omiso de la orden judicial. En ese caso, tan ilusoria como la condena, es la reparación de daños y perjuicios, cuando el deudor no tiene un patrimonio visible para cobrarse en él.

[41] Cfr., con copiosa información, últimamente, MINUT, *La ejecución forzada de las obligaciones en el derecho anglo-americano*, en "Rev. D. J. A.", t. 53, p. 49.

La injusticia de la solución se subraya, todavía, si se tiene en cuenta que los daños y perjuicios sólo podrán hacerse efectivos luego de un nuevo proceso de condena del deudor, o de un largo proceso de liquidación de los mismos. Todo esto configura, de hecho, aunque no de derecho, una denegación de justicia.

Para obviar estas graves dificultades, la doctrina y la jurisprudencia han arbitrado soluciones de diversa índole que se pasan a examinar por separado.

302. Las "astreintes" y otras formas de ejecución indirecta.

El derecho francés, el alemán y el angloamericano han dado a este problema diversas soluciones que se exponen someramente a continuación.

La jurisprudencia y la doctrina francesa han arbitrado una solución no exenta de ingenio. La coacción de carácter material, de la índole de la que consistiría en apostar la fuerza pública al lado del obligado, se sustituye por una coacción de carácter económico, casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma. Se llama, aun en la doctrina hispanoamericana, *astreintes* (constricción), todavía con la palabra francesa, a esta forma especial de compulsión.

En los últimos tiempos, la jurisprudencia francesa, que había hecho de las astreintes una aplicación tímida desde el punto de vista práctico, pero muy prolija en el campo teórico, ha debido acudir nuevamente a esa tesis para poner un freno a las enormes dificultades de la posguerra en materia de desalojos. Los fallos de los tribunales no son cumplidos por la fuerza pública en esta materia, dado que la seria crisis de la habitación provoca durante los lanzamientos constantes tumultos y desórdenes públicos que la policía desea evitar. Los tribunales han acudido de nuevo a las astreintes.

Una abundante literatura ha vuelto sobre este tema con motivo de esa nueva oportunidad[42].

Nuestra jurisprudencia registra en esta materia un caso interesante. Un antiguo fallo decidió que la obligación, de abstenerse de realizar cierta competencia declarada desleal en la sentencia, se sanciona con una multa de diez pesos diarios, durante todo el tiempo que dure la competencia desleal.

Cabe señalar que la sanción en astreintes procede sólo en aquellos casos en que una condena en daños y perjuicios resulta injusta, ilusoria o desproporcionada, ya que ésta es la consecuencia normal en la infracción de las obligaciones de hacer establecidas en la sentencia.

Se ha discutido mucho en doctrina acerca de la procedencia de las astreintes en ausencia de un texto especial que consagre esa solución. El obstáculo mayor ha sido, evidentemente, el precepto *nulla poena sine lege*. Para superar este obstáculo, por nuestra parte hemos creído oportuno consagrar una solución de esta índole en el Proyecto de 1945. Los reparos que se han

[42] CROISSANT, *Des astreintes*, Paris, 1898; BERRYER, *Des astreintes*, Paris, 1903; PURICESCO, *Des astreintes*, Paris, 1914; TURLAN, *Les astreintes*, Toulouse, 1925; ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, en "Rev. T. D. C.", 1903, p. 5; GALLI, *Astreintes*, en "Rev. Col. Abogados B. Aires", t. 16, p. 447; MAZEAUD, "*Astreintes*", en "Boletín de la Fac. de Córdoba", 1950, p. 109, nos. 1-2; BREBBIA, *Astreintes*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 1, p. 930; LEZANA, *Las "astreintes" francesas en nuestra doctrina y jurisprudencia*, en "J. A.", 1952-IV, p. 9; ídem, *La doctrina de las astreintes en el derecho argentino y comparado*, en "Juris", t. 1, nº 282. Últimamente, FRÉJAVILLE, *Les astreintes*, en "Recueil Dalloz", 1949, fasc. 1, sec. crónica, p. 1, donde se repasa todo el debate que ha suscitado este tema en Francia; KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, en "Rev. T. D. C.", 1953, p. 209. Para nuestro país: AMÉZAGA, *Culpa contractual*, cit., p. 247; PEIRANO FACIO, *La cláusula penal*, Montevideo, 1947; GELSI BIDART, *Medios indirectos de ejecución de las sentencias: Contempt of Court y Astreintes*, en "Rev. D. J. A.", t. 50, p. 86; R. GOLDSCHMIDT, *Del cumplimiento efectivo de las sentencias que imponen prestaciones de hacer y de no hacer*, en "Rev. D. J. A.", t. 50, p. 1. Más recientemente, MOLINA PASQUEL, *Contempt of court*, México, 1954. Con sorprendente lucidez, PEKELIS, *Técnicas jurídicas e ideológicas políticas*, en "La Ley", t. 29, ps. 837 y ss. Véase, asimismo, RABASSA, *El derecho angloamericano*, ps. 49 y ss.; MOLINA PASQUEL, *op. cit.*, exhaustivamente.

formulado a un texto de esta naturaleza no nos parecen razonables.

El derecho alemán, en cambio, ha acudido a una solución de derecho positivo más precisa y rigurosa. El art. 888 de la Z.P.O. dice: "Si el acto no pudiera ejecutarse por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del deudor, el tribunal de primera instancia ordenará, a petición del acreedor, que se constriña a aquél a la ejecución del acto mediante pena pecuniaria o prisión. En la imposición de la primera el tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no será aplicable en el caso de condena a contraer matrimonio, al restablecimiento de la vida conyugal o a la realización de servicios derivados de un contrato de esta clase".

La característica de la solución alemana es la de trasformar la inejecución en ilícito penal, forma ésta que tiene en nuestro derecho una solución homóloga en el art. 216 del Código del Niño, para la ejecución de la condena de alimentos en favor de menores.

Pero a diferencia de la solución angloamericana, que se referirá más adelante, en la cual el tribunal puede proceder de oficio, en el derecho alemán se requiere la petición de parte interesada.

No dice, en cambio, el texto trascrito, si la multa indemniza al acreedor. Por otra parte, si tal cosa no fuera así, como en el caso de la prisión, la condena sólo tendrá efecto intimidatorio, pues por sí sola no satisface la obligación.

El derecho angloamericano, de manera análoga, preconiza la *specific performance* como forma de realización. Pero en lugar de colocar el problema en el ámbito del derecho penal, lo sitúa dentro de lo que nosotros hemos llamado[43] jurisdicción disciplinaria.

El obligado se encuentra situado dentro del ámbito disciplinario del juez. La no ejecución del fallo es una desobediencia, un menosprecio, una ofensa al tribunal.

[43] *Supra*, nº 33.

Se le denomina *contempt of Court* y se reprime ejecutivamente por el propio juez. No rigen aquí los principios de defensa del imputado, propios del derecho penal. El hecho no constituye tanto un delito como una indisciplina. No se castiga con una pena, sino con una sanción disciplinaria, hasta que se cumpla con la orden judicial.

Existe en este orden de cosas una copiosa bibliografía en todos los derechos, de la cual este parágrafo es un simple esquema.

En el Proyecto de 1945 hemos tratado de armonizar estas tres soluciones, la del derecho francés, del alemán y del angloamericano, estableciendo la primacía de la ejecución *in natura*, la opción en favor del acreedor, y las sanciones disciplinarias y aun penales, para el caso de abierta desobediencia a la orden de la autoridad[44]. En la Exposición de Motivos[45] hemos tratado de dar ampliamente las razones de esta solución.

Nos permitimos creer que, cuando la desobediencia es *abierta*, el hecho cae dentro de las fórmulas del derecho penal vigente y debe ser sancionada como desacato, con arreglo al art. 173, C. P. Pero lo grave del caso no es la rebeldía abierta, sino la insidiosa, la que se prevale del subterfugio, dos veces maliciosa, pero virtualmente irreprimible dentro de los términos de nuestro actual derecho.

§ 4. EL PATRIMONIO EJECUTABLE

303. El patrimonio como objeto de ejecución.

En tanto la sentencia penal se ejecuta *in personam*, la sentencia civil se ejecuta *in rem*. Un patrimonio ejecutable constituye un presupuesto de la ejecución for-

[44] Cfr. *Formas penales de la ejecución civil*, en "Revista de Derecho Penal", cit., p. 311.

[45] *Proyecto*, p. 117.

zada, en el sentido de que sin él la coerción se hace difícilmente concebible.

Existen en esta materia curiosas contradicciones históricas. En tanto los escritores franceses[46] recuerdan que la ejecución inmobiliaria fue desconocida en su país hasta el siglo XIII, una investigación reciente, realmente notable[47], acaba de mostrar con qué minuciosidad era reglamentada en el Egipto tolomeico.

A pesar de esta contradicción, es posible percibir en la trayectoria histórica de este instituto una tendencia claramente marcada.

En un comienzo, la persona humana responde de las deudas con su propia vida. Esto ocurre no sólo como forma de venganza privada, sino también en algunos derechos primitivos, como el germánico, en el cual el no pagar las deudas es una afrenta al acreedor. El ofendido pide y a veces obtiene la muerte de su deudor.

En una etapa más avanzada, la muerte se sustituye con la esclavitud. El deudor pierde su libertad civil y con su trabajo debe pagar sus deudas.

También esta etapa es superada; pero subsiste la prisión por deudas como resabio de ella. En nuestro derecho, las pensiones alimenticias debidas a los hijos pueden significar, cuando fueren omitidas dolosamente, la prisión del deudor. La prisión del fallido es, también, subsistencia de aquel régimen. Pero en tanto en el derecho antiguo se penaba objetivamente el hecho de la deuda, en el derecho moderno lo que se castiga es el dolo en la inejecución de ciertas obligaciones de carácter excepcional.

La responsabilidad patrimonial sustituye, en el derecho moderno, a la responsabilidad personal. El precepto contenido en los códigos[48], indica que los bienes

[46] Cézar-Bru, *Saisie immobilière*, cit., p. 1.

[47] Talamanca, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, en "Atti della Accademia dei Lincei", Roma, 1954.

[48] C. Civil, Uruguay, art. 2372; Chile, 2488; Brasil, 1556, 1557.

del deudor constituyen la garantía común de todos sus acreedores. La única excepción es la de los bienes inembargables. Y aquí se produce una nueva instancia de humanización del derecho.

Lo que en los códigos del siglo XIX constituye una excepción, adquiere en este siglo un amplio significado. En tanto en nuestro Código de 1878 la nómina del art. 885 estaba constituída por doce clases de bienes inembargables, en la última edición de ese texto, en la nota a ese artículo, hemos podido enumerar cincuenta y ocho leyes posteriores al Código ampliando la nómina de bienes sustraídos a la garantía común de los acreedores.

No faltará quien vea en esta circunstancia una manifestación de debilitamiento del derecho y de la creciente irresponsabilidad del mundo moderno. Pero frente a ellos habrá siempre otros que consideran, a nuestro criterio con justa razón, que el derecho progresa en la medida en que se humaniza; y que en un orden social injusto, la justicia sólo se logra amparando a los débiles. Es esto, por supuesto, un problema de grados, que va desde un mínimo inicuo hasta un máximo que puede también serlo en sentido opuesto. Pero el derecho que aspira a tutelar la persona humana, salvaguardando su dignidad, no sólo no declina ni está en crisis, sino que se supera a sí mismo.

304. Ejecución mediante venta de bienes.

La ejecución mediante venta de bienes se produce en todos aquellos casos en que la falta de dinero en el patrimonio del deudor, obliga a acudir a sus bienes, muebles o inmuebles, para enajenarlos y satisfacer, con su precio, el interés del acreedor.

La importancia de este procedimiento, su frecuencia y los múltiples problemas de derecho sustancial que implica, hacen que esta forma sea la más significativa de todas. A tal punto, que en el lenguaje común el vocablo

ejecución ha venido a representar habitualmente el procedimiento de venta de los bienes para satisfacer con su precio al acreedor.

Reduciendo este procedimiento a sus términos más simples, ya que él por sí solo es motivo de una vasta rama del derecho procesal, deben destacarse las siguientes etapas.

a) La ejecución mediante venta de bienes consta, en el derecho de nuestros países, de dos etapas ejecutivas: el embargo y el cumplimiento de la sentencia de remate.

Se llama en nuestro derecho *embargo* (término similar, aunque no idéntico, a la *saisie* francesa y al *pignoramento* italiano) a una providencia de cautela, consistente en incautarse materialmente de bienes del deudor, en vía preventiva, a los efectos de asegurar de antemano el resultado de la ejecución. Esta incautación admite, a su vez, múltiples formas: el secuestro, el depósito, la administración, la intervención del establecimiento comercial del deudor, la prohibición de enajenar, con su correlativa inscripción en el Registro respectivo, etc. Cada forma corresponde a cada exigencia práctica, y la jurisprudencia es amplia en asegurar al acreedor en la vía preventiva, una eficaz protección de su derecho[49].

El embargo no es en sí mismo un acto de disposición de parte del Estado. Es apenas un acto preventivo que no se refiere tanto al dominio como a la facultad de disposición, que es cosa distinta del dominio[50]. El Estado se incauta en forma provisional, sin perjuicio de los procedimientos de oposición de parte del deudor o de terceros, en los casos permitidos por la ley, a fin de asegurar más tarde el cumplimiento de la sentencia definitiva de ejecución (*sentencia de remate* o *de trance y remate* en el derecho hispanoamericano).

[49] *Supra*, nº 202.

[50] CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, en *Saggi*, t. 2, p. 459; en "Riv. D. P. C.", 1926, I, p. 85; y en "Gaceta Jurídica Trimestral" (Venezuela), trad. Loreto, t. 1, p. 210.

b) Tomada la medida cautelar, pueden existir dos posibilidades. O que el acreedor disponga de un título con *fuerza ejecutoria*, o que el acreedor disponga de un título con *fuerza ejecutiva*.

Ocurre lo primero cuando se pide el cumplimiento dentro de los noventa días de dictada la sentencia[51], o cuando por virtud de cláusula accesoria al contrato de prenda o de hipoteca, o por virtud de disposición expresa de ley, se hayan renunciado o suprimido los trámites y términos de la vía ejecutiva.

En este caso, el procedimiento consiste, simplemente, en la tasación y venta de los bienes embargados. No existe a su respecto debate alguno, en razón de la inimpugnabilidad natural del título ejecutorio. Aun la tasación puede ser renunciada por acuerdo de partes.

Pero si, por el contrario, el acreedor no dispone de título ejecutorio. sino de título ejecutivo, un nuevo proceso de conocimiento interfiere dentro del ejecutivo. En este caso se escuchan las razones del deudor, ya sea mediante oposición de excepciones, ya sea mediante recursos, según los distintos derechos positivos. Se recibe la prueba de los extremos de hecho controvertidos[52], y se dicta sentencia ejecutiva (*sentencia de remate*). En el derecho hispanoamericano, esta sentencia es aún, normalmente, pasible de un recurso de apelación[53].

c) Ejecutoriada la sentencia de remate, se procede a la tasación y venta de los bienes. Con su precio se paga al acreedor.

[51] Uruguay, art. 495. Se trata de una reminiscencia del *tempus judicati*, concepto que suponía debilitada la fuerza de la sentencia que no se ejecutaba dentro de cierto tiempo. Cfr. WENGER, *Actio judicati*, trad. esp., Buenos Aires, 1954, p. 221.

[52] Sobre este punto en particular, ROMPANI, *Sobre la prueba en el juicio ejecutivo*, en "Rev. D. J. A.", t. 43, p. 141.

[53] Uruguay, art. 941; Cap. Fed., 505; Bolivia, 454; Chile, 496; Colombia, 1031; Costa Rica, 447; Cuba, 1474; Ecuador, 470; México (D. F.), 461; Paraguay, 439; Perú, 681.

305. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL.

La venta de los bienes del deudor, realizada por obra de los órganos de la jurisdicción, es un tema que constantemente reclama la atención de la doctrina[54].

Fenómeno realmente híbrido, en el cual interfieren los elementos del derecho civil, del derecho procesal y del derecho notarial, ha sido considerado más de una vez como un acto mixto de *providencia* y de *negocio jurídico*[55].

Pero estas calificaciones no pueden ser formuladas fuera del sistema de derecho positivo sobre el cual actúa el intérprete.

En nuestro derecho, la venta judicial pasa, sucesivamente, por las siguientes etapas:

a) orden judicial de venta: providencia;

b) remate: acto jurídico procesal (en cuanto se actúa por delegación del magistrado) y civil (en cuanto se obtiene el consentimiento del comprador);

c) escrituración al adquirente: puramente civil y notarial si el ejecutado verifica por sí mismo la tradición, y procesal notarial si la escrituración la verifica el juez "en representación legal del tradente"[56].

El concepto de que el juez actúa en representación legal del tradente, constituye una ficción. El juez no actúa en lugar del deudor, como si fuera éste, sino que actúa sustituyendo la voluntad remisa del deudor. No hay representación, sino sustitución.

La opinión de que no existe aquí negocio jurídico, sino acción y garantía[57], es correcta. De acción tiene el fin, o sea la participación de los órganos del Poder Público para dirimir justicieramente el conflicto de inte-

[54] Para nuestro derecho, ampliamente, CESTAU, *De la tradición*, Montevideo, 1939, ps. 282 y ss.

[55] Así, CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, t. 3, p. 216.

[56] Uruguay, C. C., art. 770; Chile, 676.

[57] PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 175.

reses planteado por el actor; de garantía tiene la sujeción de los bienes del deudor para responder a la pretensión legítima del acreedor[58].

306. La ejecución mediante embargo de derechos y acciones.

Se ha debatido largamente en nuestro derecho, la posibilidad de que, en ausencia de bienes determinados, la ejecución pueda seguirse mediante embargo genérico de los derechos y acciones del deudor[59].

Se ha discutido, asimismo, si el embargo de bienes constituye un presupuesto de la ejecución[60].

El primero de esos problemas ha sido objeto de un cambio legislativo en nuestro país. En tanto el derecho anterior a la ley 10.793, arts. 33 y 34, hacía dudosa la cuestión, con posterioridad a esa ley, el tema ha perdido vigencia, al haberse admitido la posibilidad del embargo genérico. Pero ello no significa, por supuesto, la posibilidad de venta de tales derechos o acciones genéricamente embargados. La ley ha dispuesto la embargabilidad, suspendiéndose el proceso de ejecución hasta que aparezcan bienes específicos sobre los que se hará efectiva la ejecución.

El segundo de esos problemas tiene también larga literatura. Pero no dudamos, por nuestra parte, que el juicio ejecutivo puede seguirse sin el embargo. Es éste, tal como lo hemos expresado, una providencia cautelar

[58] Ampliamente, sobre todo este tema, VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, São Paulo, 1940.

[59] La copiosa literatura del tema ha sido resumida en nuestra nota *El embargo en derechos y acciones o el filo de la navaja*, en "Rev. D. J. A.", t. 45, p. 152.

[60] Para el derecho argentino, como resumen, SALAS, *El embargo como requisito previo para ordenar la venta de los bienes del deudor en el juicio ejecutivo*, en "J. A.", 1955-II, p. 269; para nuestro derecho, últimamente, "L. J. U.", t. 20, caso 3046, y t. 24, caso 3538.

y, por tanto, un comienzo de ejecución provisional. Constituye una medida previa instituída en beneficio del acreedor y en interés de la justicia.

Esta doble finalidad obliga a hacer una distinción necesaria. Cuando el embargo precede a la etapa de conocimiento del juicio ejecutivo[61], entonces es renunciable si el acreedor tiene confianza en su deudor. Pero llegada la vía de apremio y decretado el remate de los bienes, entonces no se trata ya de una facultad del acreedor sino de una necesidad de la Justicia. Quien va a enajenar no es ya el deudor, sino el órgano de la jurisdicción. No será posible, si no se quiere lesionar el derecho de los terceros que habrán de hacer oferta en el remate, dejar el bien en la disponibilidad del ejecutado, que podría enajenarlo después de vendido o puede, aun, rehusarse a escriturar al comprador en el remate. En ese caso, en garantía de los fines de la jurisdicción y del interés de los terceros de buena fe, es indispensable la medida que ponga el bien a disposición del tribunal. No sólo como medida cautelar, sino también como comienzo de la enajenación.

En todo caso el acreedor asume por su cuenta el riesgo de que, renunciando al embargo, pueda el deudor, cuando se trabe éste para realizar el remate, objetar tal medida por razones inherentes a la inembargabilidad de los bienes. Si el embargo se hubiera trabado antes del juicio ejecutivo, entre las excepciones habría podido el deudor oponer las relativas a la inembargabilidad de la cosa embargada. Trabado el embargo después de la etapa de conocimiento, es evidente que el deudor no podrá ser privado del ejercicio de esas defensas y deberán serle escuchadas. La extemporaneidad de ellas no es culpa suya, sino de su acreedor, el que deberá soportar la dilación consiguiente.

[61] *Supra*, nº 287.

§ 5. REVISIÓN DEL PROCESO EJECUTIVO

307. El juicio ordinario posterior.

Los glosadores, a cuya elaboración se debe buena parte de la formación histórica del juicio ejecutivo, decían: *pronuntiatio judicis facta in causa summaria super aliquo articulo incidenti, non praejudicat*. Otro precepto paralelo establecía: *sucumbenti in judicio executivo reservantur jura in ordinario*[62].

Esos dos conceptos constituyen el antecedente de los textos que en el derecho moderno establecen que lo decidido en juicio ejecutivo sólo hace cosa juzgada formal y que es permitida su revisión en juicio ordinario[63].

No obstante la abundante literatura que tiene este tema[64] no creemos que la naturaleza jurídica del juicio ordinario posterior haya sido examinada con la objetividad necesaria.

El concepto en que se apoya la idea de un juicio ordinario posterior al ejecutivo es el de que la sumariedad de éste priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado.

La hipótesis parecería ser válida con relación al ejecutado, que es quien se defiende, pero no para el ejecutante, que es quien ataca y tiene el título ejecutivo a su favor. Pero la ley no distingue entre uno y otro y otorga el privilegio de la revisión a ambas partes.

No existe unidad de criterio, ni en doctrina ni en jurisprudencia, acerca de la medida en que debe acordarse esta revisión. Se trata de saber, como ya se ha ex-

[62] Bartolo, comentario a la L. 4, *Digesto*, de *re judicata*; Fasolus, *De sumariis cognitionibus*, p. 2; ref. Liebman, *Sobre el juicio ejecutivo*, cit., p. 387.

[63] *Supra*, nº 273.

[64] Cfr., como resumen, Parry, *Juicio ordinario posterior al ejecutivo*, en el volumen de *Estudios en honor de H. Alsina*, cit., p. 537, y demás bibliografía referida en la nota del nº 273.

puesto[65], si en el juicio ordinario posterior dicha revisión puede ser plena, o si por el contrario debe limitarse a los puntos no controvertidos en el juicio ejecutivo; o a aquellos que, controvertidos, no pudieron debatirse total y eficazmente por brevedad de los plazos, omisión de las partes, errores en la defensa, etc.

Dentro del derecho uruguayo el problema ha deparado menos inquietud que dentro de otros sistemas, como el argentino. Por un fenómeno de carácter general, que podría denominarse como *ordinarización* de los juicios sumarios y ejecutivos, es excepcional que la parte haya sido perjudicada por privación irrazonable de defensa. El caso tiene carácter general. Puede observarse con relación al juicio ordinario posterior al sumario de investigación de la paternidad instituído en el art. 191 del Código del Niño; en el juicio posterior a los posesorios; en la revisión de la jurisdicción voluntaria; etc. Es exiguo, en nuestro derecho, el número de los procesos de revisión; y en los poquísimos promovidos, la resolución del juicio anterior ha sido confirmada.

Esta circunstancia quita interés práctico pero no teórico al problema del juicio ordinario posterior.

Digamos, sin embargo, que ante el texto del art. 940, C. P. C., que dice: "Cualquiera que sea la sentencia que pusiere término al juicio ejecutivo, queda a salvo, tanto al actor como al reo, el derecho para promover el juicio ordinario; lo que no podrán verificar sino después de haber concluído aquél"; es posible hacer dentro del derecho uruguayo muy pocas distinciones. Examinado con detenimiento el problema, creemos hoy que la revisión puede abarcar todos los puntos que *pudieran* contribuír a modificar los resultados del fallo. No deben ser objeto de revisión, en cambio, aquellas cuestiones decididas por cosa juzgada que por sí solas ninguna proyección tienen sobre el fallo en revisión. Tal, por ejemplo, la interlocutoria sobre competencia.

[65] *Supra*, nº 273.

Las defensas omitidas; aquellas que opuestas no se probaron debidamente; los vicios de nulidad que se proyectan sobre la sentencia; etc., pueden ser, en nuestro concepto, materia de revisión.

La limitación del propio texto legal, en cuanto establece que no se podrá promover el juicio posterior si antes no se ha satisfecho el interés del acreedor, y dado término al juicio ejecutivo, constituye una limitación contra el uso del juicio posterior como método dilatorio.

La satisfacción del interés del acreedor es, en sí misma, un presupuesto procesal de la pretensión[66] del juicio posterior.

308. Unidad y pluralidad de juicio ordinario posterior.

Pero independientemente de este problema, se halla el otro, al que atribuímos más importancia científica, que consiste en saber cuál es la naturaleza jurídica del juicio posterior.

La proposición ya anticipada, de que ese juicio cambia de naturaleza, de finalidad, de efectos y hasta de presupuestos según varíen las situaciones aducidas por el que lo promueve, conduce a las distinciones que a continuación se establecen.

En mérito de ellas creemos que, más que de juicio ordinario posterior, debe hablarse de juicios ordinarios posteriores.

309. El juicio posterior como juicio de anulación.

Una primera hipótesis es la que se limita a configurar el juicio ordinario posterior como un mero proceso *de anulación* de lo actuado en el juicio ejecutivo.

[66] *Supra*, nº 70.

Supóngase, por ejemplo, que un demandado ha sido objeto de condena en juicio ejecutivo, por haberse considerado que sus excepciones fueron opuestas fuera de tiempo, cuando en realidad la citación de excepciones adolecía de la nulidad consagrada en el art. 311, C. P. C., por vicio en el emplazamiento.

El juicio ordinario posterior limitará sus efectos a la simple anulación de un proceso, en razón del vicio procesal que invalida todo lo actuado.

Para que este juicio posterior sea resuelto favorablemente a las pretensiones del actor, será necesario que se den todos los presupuestos de la anulación: que el vicio traiga aparejado perjuicio; que la nulidad haya sido consagrada por ley expresa; que haya sido oportunamente impugnada; que no haya sido motivo de convalidación; etc.

Es obvio que estos presupuestos de una acción de anulación por vicio de procedimiento, no rigen para los otros posibles contenidos del juicio ordinario posterior que se pasan a mencionar.

310. El juicio posterior como repetición por pago de lo indebido.

Supongamos, ahora, la hipótesis de que el juicio ejecutivo se haya realizado con todas las formalidades legales; pero la brevedad del término de prueba no permitió al ejecutado aportar al juicio el documento de pago que se hallaba en el extranjero.

No hay aquí ninguna nulidad que reparar. El juicio ordinario será, tan sólo, una acción apoyada en la pretensión legítima de repetición de pago de lo indebido. La sentencia condenará al presunto acreedor ejecutante, a reintegrar al ejecutado lo que indebidamente obtuvo por obra de la sentencia.

Varían aquí los plazos de prescripción, la carga de la prueba, el contenido mismo del fallo en que culmina

el juicio ordinario posterior. En la hipótesis anterior nos hallaríamos frente a una sentencia declarativa; aquí frente a una de condena.

311. El juicio posterior como revisión del mérito.

Puede darse la hipótesis de que no haya motivos de nulidad, ni disminución de garantías en cuanto a la recepción de la prueba, o en la admisión de las excepciones. El juicio ejecutivo se falló, simplemente, por error, porque los jueces de primera y segunda instancia se equivocaron al decidir sobre el mérito.

Tal como hemos expresado, la jurisprudencia y la doctrina se han dividido sobre este punto; y en tanto se sostiene, por una parte, que lo debatido en juicio ejecutivo no puede reverse en vía ordinaria, por otra se aduce que la ley no ha hecho distinción alguna a este respecto y que el juicio de revisión ha sido consagrado sin limitación alguna[67].

Nos permitimos considerar que, dentro del derecho uruguayo, es ésta la interpretación procedente, con las salvedades ya formuladas.

Es natural que esta solución choca contra la excesiva duración de nuestros procesos, aun los ejecutivos. Pero un error no justifica otro y la excesiva duración del proceso de ejecución debe corregirse por los medios que la ley puede dar a este respecto y no acudiendo a una negativa de revisión posterior del mérito, que no ha sido consagrada por texto alguno dentro de nuestro derecho positivo.

312. El juicio posterior como reparación de daños.

Puede acontecer, todavía, que el juicio ejecutivo nulo o fallado erróneamente, haya culminado en una ruinosa venta de bienes del deudor.

[67] *Supra*, nos. 273 y 308.

No podra decirse, entonces, que el juicio ordinario de revisión se limite a anular lo actuado o a restituír lo indebidamente percibido por el supuesto acreedor. Los daños y perjuicios de la ejecución indebida podrán superar en mucho el monto patrimonial de la ejecución[68].

En este caso, el juicio ordinario posterior añadirá, a su contenido originario, esta condena adicional de reparación del daño.

Pero es obvio que en este caso, todos los presupuestos de la responsabilidad civil deberán ser examinados en la sentencia, incluso el plazo de prescripción de la misma a partir de la consumación del daño.

Aunque la aclaración pueda parecer innecesaria, es de toda evidencia que todas estas acciones son acumulables y pueden ser hechas valer en un mismo proceso y dirimidas en una sola sentencia.

[68] Cfr. *supra*, nos. 43 y 203, y bibliografía allí citada.

Capítulo IV

LA TUTELA JURÍDICA*

313. Planteamiento del tema.

Por tutela jurídica se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (*Rechtsschutzbedürfniss*).

* BIBLIOGRAFÍA: El presente capítulo aspira a ser una investigación original y no tiene bibliografía dentro de su misma orientación. Cuanto aquí se expone es prolongación, aceptación o disidencia del pensamiento de muchos escritores que han trabajado preferentemente en el campo de la teoría general del derecho. A título de enunciación: Aftalión, *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951; Bruera, *Filosofía de la paz*, Buenos Aires, 1953; Carnelli, *La acción procesal*, en "La Ley", t. 44, p. 849; Cossio, *La teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1944; ídem, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, 1945; ídem, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954; García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, México, 1951; ídem, *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, México, 1953; ídem, *Lógica del juicio jurídico*, México, 1955; Gioja, *Lógica formal y lógica jurídica*, en "La Ley", t. 58, p. 1046; Herrera Figueroa, *En torno a la filosofía de los valores*, Tucumán, 1954; Ibáñez de Aldecoa, *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*, en el volumen "Instituto de Derecho Procesal, Actas del Primer Congreso de Derecho Procesal", Madrid, 1950, y luego reimpreso en Buenos Aires, 1954; Llambías de Azevedo, *Eidética y aporética del derecho*, Buenos Aires, 1940; ídem, *El sentido del derecho para la vida humana*, en "Rev. D. J. A.", t. 41, p. 16; Imaz, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, 1954; Lois, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947; Magni, *Logica giuridica e logica simbolica*, en "Riv. D. P.", 1952, I, 117; Mandrioli, *La tutela giurisdizionale specifica dei diritti*, en "Riv. D. P.", 1953, I, 38; Perriaux, *Las reglas de*

En páginas anteriores hemos tratado de demostrar que los fines del derecho no consisten sólo en la paz social[1]. El derecho procura el acceso efectivo a los valores jurídicos. Además de la paz son valores esenciales, en la actual conciencia jurídica del mundo occidental, la justicia, la seguridad, el orden, cierto tipo de libertad humana. La paz injusta no es un fin del derecho; como no lo es la justicia sin seguridad; ni lo es un orden sin libertad.

La tutela jurídica, en cuanto efectividad del goce de los derechos, supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí.

¿Cómo sirve el proceso a los valores jurídicos? ¿Cómo puede la ciencia que lo estudia cooperar en la efectiva realización de la tutela jurídica?

Tal es el tema del capítulo final de este libro.

§ 1. PROCESO Y CONDUCTA

314. DERECHO Y CONDUCTA.

KANT llamó la atención acerca de la diferencia que hay entre derecho y conducta[2]. Conducta es *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* Derecho es *honeste vive, alterum non laede, suum cuique tribue.*

---

conducta, Buenos Aires, 1949; POUND, *The Lawyer as a social engineer*, en "Journal of Public Law", de la Emory Law School, Georgia, 1954, p. 292; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, en el volumen *Tutela dei diritti* del *Commentario al Codice Civile*, de SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1953, p. 282; SOLER, *Los valores jurídicos*, en "Rev. J. C.", t. 1, p. 57; idem, *La norma jurídica individual*, en "La Ley", t. 65, p. 47; SCHÖNKE, *La necesidad de la tutela jurídica*, en "Rev. J. C.", t. 1, p. 194; y en "Rev. D. P.", 1948, I, p. 132, con apostilla de CARNELUTTI.

[1] *Supra*, nos. 192 y ss.

[2] KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, versión del alemán e introducción por Felipe González Vicen, Madrid, 1954, p. 95.

Los tres primeros preceptos son acción; los tres segundos son normas. Ser virtuoso, no dañar y retribuír son formas de vivencia. Sé virtuoso, no dañes, retribuye, son admoniciones normativas. No matarás es una norma; no matar es una conducta. Castigarás al que mata es una norma; castigar al que mata es una conducta.

El derecho son las normas. La ciencia del derecho es la rama de la cultura que aspira a conocer las normas jurídicas. La conducta es derecho en cuanto puede y debe ser juzgada en relación con las normas. La efectividad en la conducta humana es lo que da al derecho positiva vigencia.

Cuando la norma no juzga una conducta, es porque ella debe considerarse jurídica (*rectius*: no antijurídica) con arreglo al principio de libertad. La libertad jurídica se expresa en el precepto de que toda persona está facultada para optar entre la ejecución y la omisión de lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado.

El precepto ontológico jurídico de identidad permite afirmar que lo no prohibido jurídicamente es lo jurídicamente permitido. Dicho en los términos de la Constitución, "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe".

No hay actos jurídicos *neutros*, como se les ha llamado. Los actos son jurídicamente permitidos o jurídicamente prohibidos. Los actos jurídicamente impuestos son actos jurídicamente permitidos, con arreglo a la proposición que se formulará más adelante, sin facultad de omitirlos. Es claro que en la conducta humana toda omisión es posible, incluso la omisión en el cumplimiento del deber. Pero esa omisión es antijurídica, vale decir, contraria a la norma que determina la conducta y, como tal, impone o faculta a otros a sancionar al omiso

Esta facultad de requerir la sanción da origen al proceso.

315. DERECHO Y PROCESO.

Los actos del proceso constituyen una conducta determinada en la norma para el caso de omisión de la conducta impuesta o de realización de la conducta prohibida en otra norma. En otras palabras: de obligar al agente de una acción o una omisión, a soportar las consecuencias de su acción o de su omisión (acciones de condena).

En las acciones declarativas o constitutivas, es función del proceso arbitrar los medios para la obtención de un fin lícito que no puede obtenerse de otra manera.

Con arreglo a lo expuesto, en línea general, el proceso civil es conducta de realización facultativa, en cuanto que existe libertad del pretensor para optar entre promoverlo y no promoverlo. El proceso penal es, en cambio, de realización obligatoria, pues los agentes del poder público no tienen facultad de omitirlo.

El derecho puede y suele realizarse sin el proceso. Se llama *realización espontánea* del derecho a la conducta cumplida dentro de lo jurídicamente permitido, sea impuesto o no impuesto; y *realización coactiva* a la conducta lograda por medio del proceso.

El proceso no es el único medio de realización coactiva del derecho. Pero es el más importante de todos ellos.

Realizar espontáneamente el derecho es, no sólo hacer sin coacción lo jurídicamente impuesto, sino también hacer lo no jurídicamente impuesto. En este caso se realiza espontáneamente el derecho de libertad.

Realizar coactivamente el derecho es cumplir la conducta atribuída u ordenada, para que, dentro de la relatividad de las cosas humanas, las previsiones normativas se cumplan efectivamente, ya sea *in natura*, ya sea mediante sustitutivos más o menos idóneos.

La fórmula de norma jurídica

dado A (hipótesis) *debe ser B* (conducta),

coincide con la norma moral y con los usos sociales. En cambio, la fórmula de norma jurídica procesal añade:

dado A debe ser B; y si no lo fuere,
puede ser C (coerción),

con lo que se incluye el nuevo elemento *C* que ya no es propio de la moral ni de los usos sociales, los cuales tienen sanciones, pero no tienen formas de realización coercitiva.

Pero la norma jurídica procesal completa dice:

dado A debe ser B; y si no lo fuere, puede
ser C previo P (proceso),

con lo cual se incluye un nuevo elemento que establece que no se puede llegar a la coerción sin el proceso.

Invirtiendo el recorrido: el proceso es la conducta, necesariamente previa a la coerción, que puede ser aplicada a aquel que ha realizado u omitido la conducta determinada en la norma.

316. PROCESO Y TUTELA JURÍDICA.

A diferencia de lo que se ha sostenido[3], la necesidad de la tutela jurídica no es un presupuesto del proceso. El *intérêt d'agir*, como se le denomina en la doctrina francesa, sólo es un presupuesto de una sentencia favorable[4]. El derecho no puede suponer que sólo se promoverán litigios fundados. Tampoco puede asegurar que los jueces no se equivocarán nunca. Pero debemos suponer que la efectividad de la tutela jurídica acompaña normalmente a la necesidad de la tutela jurídica.

El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen. La conducta, en tanto realidad del derecho, sólo permite admitir que eso ocurre normalmente pero no necesariamente.

[3] SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 194.
[4] *Supra*, nº 72.

En último término la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos[6], capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente.

§ 2. CIENCIA Y TÉCNICA DEL PROCESO

317. Proposiciones relativas a la esencia del proceso.

La ciencia del proceso civil no tiene como objeto de conocimiento tan sólo los actos procesales: las demandas, las pruebas, las apelaciones, las ejecuciones, las formas y los plazos. Esta concepción errónea ha hecho pensar a algún filósofo que sobre esa base no se puede construír una ciencia de conocimiento de lo real con validez universal.

La ciencia del proceso se asienta sobre sustancias menos frágiles. Es probable que, mediante un esfuerzo de abstracción, sea posible señalar algunas proposiciones relativas a la esencia misma del proceso, no a su exterioridad. Esas proposiciones deben establecer el enlace riguroso del proceso con el derecho. Deben, asimismo, señalar de qué modo el proceso, en tanto tal, es un conjunto de reglas técnicas, en necesaria conexión con el derecho.

Las formas surgen de esas reglas técnicas. Su contenido constituye una ciencia. Las reglas técnicas son sólo medios para la realización de un fin. La ciencia procura el conocimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas, en cambio, dicen cuáles son los medios

[6] *Supra*, nº 95

a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer sino un ser.

La ciencia aplicada es una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil. El derecho procesal es, en este sentido, ciencia aplicada.

Sólo en este campo, muy restringido, del conocimiento y manejo de las reglas técnicas y el aseguramiento de sus fines sociológicos, parece aceptable la aseveración, más metafórica que jurídica, de que el jurista es un ingeniero social[6].

En cuanto ciencia, quienes la cultiven deben procurar el hallazgo de aquellas proposiciones arriba mencionadas, aptas para dar al conocimiento del proceso comunicación con lo real al tiempo que validez universal.

Esas proposiciones pueden referirse, en nuestro concepto, al orden lógico, ontológico o axiológico del proceso.

Cuanto a continuación se expone es una propuesta de fundamentación científica, lógica, ontológica y axiológica, de la ciencia del proceso.

318. PROPOSICIONES LÓGICAS DE DERECHO PROCESAL.

Los principios de la lógica jurídica tienen vigencia en la ciencia del proceso. Las proposiciones de lógica general se hacen proposiciones lógico-procesales cuando se aplican al objeto proceso.

Esto no significa que toda norma, en cuanto tal, deba ser lógicamente exacta. El precepto del art. 51 de nuestro Código Civil que determina que "a los ojos de la ley el ausente, ni está vivo ni está muerto", puede ser lógicamente incorrecto. Pero no lo es jurídicamente.

Existe una lógica jurídica procesal que se impone al legislador y que éste no puede recusar, a riesgo de invalidar su propia función. He aquí algunas proposiciones de esta índole:

[6] POUND, *op. cit.*, p. 294.

a) *Ejercicio del derecho. La parte que tiene derecho a demandar tiene también la facultad de no hacerlo.*

Esto acontece porque todo derecho es de ejercicio facultativo. Si no lo fuera, sería deber. En materia civil, y en particular en derecho privado, la demanda está concebida como una facultad. El titular del derecho es libre para ejercer o no esa facultad. La situación es distinta en materia penal.

En algunos casos en que la ley impone la obligación de demandar, la omisión se castiga con la pérdida del derecho, pero no con la demanda *ex officio*, con arreglo a la proposición *a* del parágrafo siguiente.

b) *Cumplimiento del deber. La parte que tiene el deber de demandar tiene también el derecho de hacerlo, pero no de omitirlo.*

Si el cumplimiento del deber no fuere acompañado del derecho de ejercerlo, el deber dejaría de serlo por privación del medio necesario para cumplirlo.

Cuando la ley obliga a demandar y el obligado lo omitiere, la misma norma establece las consecuencias de la omisión.

c) *Ejercicio de la defensa. La parte que tiene el derecho de defenderse tiene también la facultad de no hacerlo.*

La defensa es un derecho del demandado, como la demanda lo es del actor. Se rige, pues, por el principio lógico que inspira la proposición *a*. El que en uso de su libertad no ejerce su derecho de defenderse se atiene a las consecuencias, ya que además de derecho, la defensa es una carga procesal.

d) *Eficacia de las pruebas. Dos pruebas igualmente eficaces que prueben dos hechos jurídicamente excluyentes, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.*

Con arreglo al principio ontológico de no contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si los documentos fueren, por ejemplo, sucesivos, el segundo prevalece sobre el primero. Si son de distinto

lugar, cada uno valdrá lo que determine la ley en su lugar.

Las dos pruebas deben ser igualmente eficaces. Si no lo fueren, la más eficaz prevalece sobre la otra.

e) *Eficacia de la cosa juzgada. Dos sentencias contradictorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.*

También por aplicación del principio de no contradicción, una conducta no puede ser permitida y prohibida al mismo tiempo. Lo que una sentencia declare no puede ser válidamente negado por otra. La cosa juzgada es, como se ha dicho, óbice de procedibilidad para un juicio ulterior. El segundo proceso es jurídicamente innecesario. La no existencia de cosa juzgada anterior es un presupuesto procesal. La segunda, no es cosa juzgada.

f) *Prohibición de un acto. Toda vez que la ley prohibe realizar un acto procesal, se entienden prohibidos todos aquellos otros que supondrían indirectamente la realización de aquél.*

De acuerdo con el principio de no contradicción, una cosa no puede suponerse prohibida y permitida a un mismo tiempo. La permisión indirecta significa invalidar la prohibición. Ambas normas, la prohibitiva y la permisiva, no pueden, por las razones ya dadas, ser igualmente válidas en un mismo lugar y tiempo.

319. PROPOSICIONES ONTOLÓGICAS DE DERECHO PROCESAL.

La ciencia del proceso tiene, además, proposiciones ontológicas: afirmaciones cuyo contenido dice relación con la esencia de su objeto. Son razones de ser de la conducta jurídica, inherentes a la sustancia misma del proceso.

Pero a diferencia de las proposiciones lógicas, que sólo son verdades de razón, éstas son, al mismo tiempo, verdades de experiencia.

Una experiencia secular ha mostrado su certeza y muchas de ellas han salido del campo del derecho para integrar el patrimonio de la cultura común de nuestro tiempo.

He aquí, también a título de ejemplo, algunas de ellas.

a) *Libertad de demandar. Nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado.*

El derecho a demandar es un poder jurídico de ejercicio facultativo. La obligación o deber de demandar le quitaría su carácter de atributo de la libertad, para hacerlo entrar en el ámbito de los poderes jurídicos.

La excepción es cuando el pretensor difama: *diffamare statum ingeniorum, seu errore, seu malignitate, iniquum est* (Cod., 7, 14, 5). En ese caso, como en otros análogos, la ley instituye la carga procesal de demandar. Trasforma el derecho en un imperativo del propio interés (jactancia, embargo preventivo, etc.).

b) *Acceso al tribunal. A nadie puede ser negado el acceso al tribunal para demandar en juicio.*

El derecho a demandar es inherente a la persona humana, tal como reiteradamente ha tratado de demostrarse en este libro. Es, incluso, inherente a la persona humana de los que no tienen razón para pretender de los jueces algo contra alguien. Sería mejor que no fuera así, si ello fuese posible. Pero no es posible.

Aparte de la admonición de la experiencia, la proposición se apoya en el principio lógico de que los órganos legislativos no pueden prohibir lo que permiten, ni permitir impunemente lo que vedan.

c) *Derecho de defensa. Nadie puede ser condenado sin tener oportunidad de ser escuchado.*

Si a *C* (coerción) no se puede llegar sin *P* (proceso), a P no se puede llegar sin D (defensa). Todo juicio es relación de dos o más términos. Sin defensa queda omitido el conocimiento de uno de los términos. El juez que

Pero el derecho, por tradición inmemorial, no quiere que se emita ese juicio, ni aunque sea cierto.

f) *Contenido de la sentencia. La sentencia que no decide la causa no es sentencia.*

Ontológicamente, el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser. No vale como acto procesal sino como hecho procesal.

El proceso se decide por acto de juicio. Sin juicio, en sentido lógico, es decir, sin la aserción de que a tal objeto conviene tal o cual determinación, no hay juicio en sentido jurídico, es decir, atribución de un derecho o imposición de un deber a uno o más sujetos.

Ontológicamente la omisión del juez en acoger o rechazar la pretensión del demandante, priva a la sentencia de su condición de tal.

320. PROPOSICIONES AXIOLÓGICAS DE DERECHO PROCESAL.

A las proposiciones lógicas y ontológicas se unen las axiológicas. Éstas atañen a la función del proceso, a su deber ser como tal. Son, también, como las proposiciones anteriores, verdades de razón al tiempo que de experiencia.

He aquí, siempre por vía de ejemplo, algunas de ellas:

a) *Omisión de cumplir el deber. La parte que omite la conducta procesal que la ley le impone, sufre las consecuencias de su omisión.*

El fin de la conducta impuesta consiste en hacer efectivos los valores que el derecho debe asegurar. La omisión de la conducta impuesta tiene como consecuencia axiológica la responsabilidad.

Esa responsabilidad puede ser penal, civil, administrativa, disciplinaria, etc.

En las cargas procesales, la consecuencia no es la responsabilidad sino el sacrificio del propio interés.

b) *Omisión de ejercer el derecho. La parte que omite la conducta procesal para la cual la ley le faculta, sufre las consecuencias de su omisión.*

A diferencia de la omisión del deber, que debe aparejar perjuicio, la omisión de ejercicio del derecho sólo supone privación de beneficio.

La conducta del que omite un deber es antijurídica. La conducta del que omite el ejercicio de un derecho no lo es. Es un acto de estimativa del titular del derecho, el que lo ejercitará o no en la medida de su interés material o moral.

c) *Coercibilidad de la cosa juzgada. La cosa juzgada que impone una conducta es necesariamente coercible.*

La imperatividad propia del derecho se hace efectiva mediante la imperatividad propia de la cosa juzgada. Privada la cosa juzgada que impone una conducta de su condición de ejecutabilidad, privaría al derecho del atributo que lo distingue de la moral y de los usos sociales.

Pero el titular del derecho a ejecutar la cosa juzgada es libre de hacerlo o no, según lo dicho precedentemente. La coerción no es una necesidad sino una eventualidad. La nota axiológica de la cosa juzgada es su coercibilidad, no su coerción.

d) *Dolo de la cosa juzgada. La cosa juzgada obtenida con dolo, no vale como cosa juzgada.*

El dolo obsta al juicio. Al desnaturalizar en su esencia la tesis o la antítesis, o a ambas, hace imposible la síntesis cuya fuerza compulsoria es la cosa juzgada.

Valen aquí las razones ya anticipadas relativas a la estructura dialéctica del proceso, proyectadas hacia el fin del mismo.

e) *Predominio de la cosa juzgada. La conducta determinada en la cosa juzgada prevalece sobre la conducta determinada en la ley.*

Si la cosa juzgada no prevaleciera sobre la ley, las partes quedarían habilitadas para seguir discutiendo el alcance de la ley, con lo cual quedaría invalidada la cosa juzgada.

¿Y cuando la cosa juzgada es errónea y va contra la ley? Prevalece la cosa juzgada. Aquí comienza el discurso final, e inmortal, de SÓCRATES[7].

[7] *Critón*, 50: "¿Crees que puede persistir, sin arruinarse, aquella Ciudad en que las decisiones judiciales nada pueden y en que los particulares las anulen y depongan a su señorío?".